Digitized by Google

QUISTIONI
DI DRITTO

TRATTATE NELLE CONCLUSIONI NE' DISCORSI
ED IN ALTRI SCRITTI LEGALI

di

NICCOLA NICOLINI

AVVOCATO GENERALE DEL RE

PRESSO LA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA DI NAPOLI

E PROFESSORE DI DRITTO PENALE NELLA REGIA
UNIVERSITA' DEGLI STUDI

VOL. V.

253
156
5

Usus opus movet hoc.
OVID.

NAPOLI,
DALLA STAMPERIA SALITA INFRASCATA N. 344.

1840.

Digitized by Google

AVVERTIMENTO

Inteso a stabilire l' uniformità della giurisprudenza, il real decreto del 25 agosto 1817 destinò due magistrati ed un ufiziale di ripartimento a raccogliere e pubblicare quegli arresti della corte suprema di giustizia, e quei rescritti e disposizioni ministeriali che riguardavano l' applicazione, il modo di esecuzione, e lo sviluppamento de' principii della legge. Tal pubblicazione cominciò in gennaio 1818. Preso per epigrafe il testo di Ulpiano, *quotiens lege unum aut aliud introductum est, bona occasio est, ea quae tendunt ad eadem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione* suppleri, l' opera venne intitolata, *Supplimento alla collezione delle leggi.* Ella però non andò avanzi che per due anni: sospesa negli avvenimenti del 1820 al 1821, non fu più ripigliata.

Addetto in essa più particolarmente alla compilazione della parte penale era Niccola Nicolini, avv. gen. del Re presso la corte suprema. Le conclusioni pronunziate da lui alla udienza della corte anzidetta da giugno 1812 a dicembre 1819, formano di quel *Supplimento* una parte non breve. Molte altre fino a giugno 1821, erano riserbate al proseguimento del lavoro. A queste sono venute appresso le conclusioni ch' egli ha pronunziate da luglio 1832 in poi. Se non che la maggior parte n'è inedita; e coloro che le credono non del tutto inutili alla scienza, le mettono in movimento per copie manoscritte, al dispendio delle quali si aggiunge la noia ed il male degli errori, che per imperizia de' copisti vi abbondano.

L' autore dunque si è determinato a correggerle e pubblicarle; e non già tutte, ma quelle sole che vengono a sviluppare qualche importante quistione di dritto. Le anteriori a giugno 1821 non comprese nel *Supplimento alla collezione delle leggi*, sono state quasi tutte o riprodotte o fuse in lavori più recenti. Egli non ne dà oggi che quelle, le quali rimaste intatte finora, chiariscono il passaggio dalle leggi antiche alle nuove.

Ogni volume si apre con uno o più discorsi intorno a qualche oggetto generale relativo alla nostra legislazione. E siccome l' opera non è che una collezione privata delle opinioni dell' autore sopra i vari punti di dritto ch' egli ha avuto occasione di prendere à disamina, così non gli sembra inopportuno aggiun-

gervi qualche altro suo scritto, benchè non dettato per ufizio di magistratura. Perchè poi i meno avveduti non vengano a cadere in errore, vi si noterà sempre la decisione definitiva, o uniforme, o contraria al parere dell'autore, la quale mostri intorno alla quistion principale la opinione delle autorità competenti.

Per legare quest' opera al *Supplimento alla collez. delle ll.* ella comincia da un elenco delle conclusioni dell'autor medesimo in esso *Supplimento* inserite: nelle note si fa menzione di quanto si è detto quivi sopra di ciascuna quistione. Così si avrà per ogni quistione la storia della patria giurisprudenza.

Più utile dell' ordine cronologico è sembrato l' ordine delle materie, per quanto la natura del lavoro il permette. Vi sono di tanto in tanto *avvertenze* e *prefazioni*, nelle quali si spiegano i principii regolatori della teoria, e la ragione del metodo. In fine si raccolgono in tavole tutte le quistioni trattate sopra di ciascun articolo di legge, cominciando dalla legge organica, proseguendo col codice in tutte le cinque sue parti, e terminando con le altre leggi e decreti: tal che chi riunirà tutte queste tavole, avrà, secondo che per la Francia ha fatto il Sirey, tutta la nostra legislazione brevemente annotata; ed i trattati sparsi nell' opera, e legati dalle *prefazioni*, ne saranno il comento, storico filosofico e pratico, il più pieno che l' autore possa dare.

I.

DELLA UNIFORMITÀ E CELERITÀ

NELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

DISCORSO (1)

Compositius cuncta, quam festinantius agere.
TAC. Ann. XV, 3.
Rapido sì, ma rapido con legge.
TASSO, Gerus. III, 2.

BEN AUGURATE, e nell'adempimento de'vostri nobili ufizii feconde d'utili effetti, sono state, o SIGNORI, nel 1839 due novità, l'una comune a tutto l'ordine amministrativo e giudiziario del regno, l'altra temporanea ed a noi particolare: ed io incaricato ad aprir l'esercizio del 1840, mi mostrerei straniero a ciò che più degno di nota accade fra noi, se l'anno che sorse non legassi a quello che cadde, discorrendo qui di tali novità le cagioni. Già vedete ch'io intendo in pria ragionare della rivocazione dell'atto sovrano, il quale in tutti i tribunali, compresa la corte suprema, statuiva dover sedere al di qua del Faro soli Napolitani, e soli Siciliani al di là (2); e poi della divisione in due di quella che qui per lo innanzi era una sola ca-

(1) Pronunziato all'udienza pubblica della corte suprema di giustizia di Napoli, a camere riunite, nel dì 7 di gennaio 1840, giorno del riaprimento solenne dell'anno giudiziario.

(2) Atto sovrano del dì 11 dicembre 1816, rivocato in parte con legge del 31 ottobre 1837.

nel fisico: Napoli e Sicilia formarono due regni (1). Ben si mantenne qualche fondamento d'unione, perchè comuni a'due territorii rimasero le leggi de' Normanni e degli Svevi, non che il fonte d' ogni equità civile, il diritto romano. Ma le due dominazioni eran troppo nemiche: angustissima la foce che le partiva, e tanto più infensi gli animi e ostinati: emulazioni superbe; conspirazioni ed armi, intente di qua a vendicarsi e ricuperare, di là a difendersi e mantenere; le onte irritar gli sdegni alla vendetta, la vendetta rinnovare le onte; i due popoli nudriti delle passioni de' loro dominatori, e da fratelli diventati anch'essi nemici.

3. Ed invano li regolò poscia un re solo: la disparità degl' impegni era già stanziata dalle offese reciproche e dagli anni. Un altro re pari a Federico, l'avrebbe fatta, or con la forza, or con la prudenza civile, sparire; chè a distrugger lo spirito di parte ed il pregiudizio, sarebbero da se concorsi gl'interessi veri de' popoli. Ma Carlo V che il poteva, costretto a governare per vicerè paesi lontani, li amò piuttosto divisi, che uniti in nazione, e non volle: i Filippi ed i Carli che gli succedettero, stretti troppo al suo esempio, ed ora mal provvidi, ora deboli, no 'l potettero. Capitoli e prammatiche al di qua, capitoli contrarii e prammatiche diverse al di là, succedentisi in volumi immensi, ne' quali rimaneva affogato il germe della legislazione originaria e comune: e perchè sparisse ogni orma della primitiva fratellanza, e finanche la fisonomia di famiglia, si adottava in molte leggi il volgar dialetto, allora rozzissimo, benchè poi renduto sì leggiadro dal Capasso e dal Meli, quasi

(1) Nel 1282. E sarebbero rimasti, dice Dante, sempre uniti per bene dell' Italia, *Se mala signoria*, etc. etc. Par. VIII, 73.

che l'un popolo sdegnasse d'essere italiano, perchè italiano era l'altro.

4. Ma ricrea l' animo e lo ristora il rammentare, che dopo cinque secoli di tanta disgiunzione, in pria violenta, poi sostenuta da' due pessimi consiglieri, il timore e l'orgoglio, invecchiata in fine fra le arti di addormentatrice politica, venne a noi al maggior uopo, come spedito dal Cielo, il Re CARLO BORBONE. Non pertanto, come che sdegnoso d'impugnare uno scettro sì mal spezzato in due, Ei non amò correr di lancio agli estremi, nemici di ogni impresa generosa; e tutto spiegando quel real senno di cui splendette sì chiaro, fu contento alla preparazione dell'opera, onde lasciarne il compimento al suo augusto figliuolo. Così tutte le sue leggi spirarono concordia ed unità nell'amministrazione; e FERDINANDO I potette di due troni formare un sol trono, abolir finalmente nelle due parti de' suoi reali dominii tanti antichi e sì diversi statuti, e dare ad entrambe, benefizio inestimabile, un codice medesimo.

5. Se non che l'azione di due secolari e così varie legislazioni, dovea di necessità spiegarsi discorde nella esecuzione della nuova. Dettato dalle cose stesse è che le leggi anteriori e le posteriori entrino l'une nell'altre, e queste trovino in quelle appicco non pure e spiegazione, ma al bisogno anche supplimento. Tosto che una certa analogia, non che identità di ragioni e di casi nell'une e nell' altre ravvisasi, la scuola del foro se ne impadronisce, e riceve da ciò un 'utile occasione per trasportare a via d' interpetrazione l'esercizio di ogni giurisdizione dall'antico al recente (1). Ed a misura che la legge vecchia più differenzia in due popoli, più diffe-

(1) L. 2, § 5, D. *de origine iuris.* — L. 13, 26, 27, D. *de legibus.*

rente ne nasce l'esecuzion della nuova. Questa è la ragione per cui in tanti punti di legge conforme, disforme è la giurisprudenza nostra dalla francese.

6. Ma per restringerci alle sole relazioni tra noi e la Sicilia, testimonio di tal verità sia l'*utile interdetto Salviano*, uscito non so da qual Salvio, ma certamente dalla prima romana legislazione. Or sebbene fosse questa comune al continente ed all'isola, pure un tale interdetto, passato a traverso di tanti secoli di divisione, qui si trasformò in giudizio di *assistenza*, là in immissione del creditore nel possesso de' beni del debitore, possesso trasmessibile, il quale diffuso in tutta la Sicilia, vi rendette gran parte delle proprietà prediali salviana e precaria. Venne poscia, comune a tutti i sudditi del Re il codice nuovo, nel quale tutte caddero le leggi antiche. Non parlò di *assistenza* più che di *salviano*; ma regolò la materia de' diritti sulle cose ed alle cose, sì per crediti, e sì per ragioni da altro fonte derivanti. Ond'è che l'esecuzione n'è stata poi così varia in Napoli e in Sicilia? Non è forse il foro siculo conspicuo per ingegni acutissimi, atti non solo, ma abituati a tutte le controversie del dritto pubblico e privato, perfezionati dallo studio, ornati di ogni erudizione, assidui in tener dietro con intelligenza e con critica a tutto l'andamento delle nuove leggi ed in Napoli ed in Francia? La sola educazion forense, eseguita quivi con un corso antico di leggi, e qui con un altro, produsse lo stesso, che già si vide nell'osservanza del dritto romano, quando ei risorse fra le consuetudini e le leggi del medio evo: le voci, non che le cose, vi furono intese da ciascuno a suo modo; e quanto più gl'intelletti eran forti, tanto più ingegnosi a piegarle alle loro idee favorite. Così del pari, benchè un solo sia il Re, fonte di tutte le giurisdizioni, benchè una sola e la medesima la legislazione,

pure ne nacquero varietà non poche fra l'isola ed il continente.

7. Rimaneva dunque ancor qualche cosa al compimento dell'opera immortale di CARLO BORBONE e di FERDINANDO suo figlio; e ciò consisteva in disfare un' educazione sì annosa, e rifarla sì, che tolto in brev' ora a ciascuna delle due scuole quanto aveano di discordante fra loro, entrambe si fondessero in una. Ma come eseguirlo? Non vi era altro mezzo, che mescerle insieme; bisogno già sentito da tutti i buoni, perchè addottrinati da'tristi effetti delle antiche gare, nelle quali ei vedevano la principal causa della nostra debolezza. E non siamo forse, diceansi insieme l'un l'altro, non siam forse noi tutti, sudditi e figli del medesimo Re, del Padre medesimo? Nati egualmente ove brilla più chiaro *il bel zaffiro dell'italico cielo*; circondati dallo stesso mare; in un suolo egualmente ferace sì de'prodotti minerali ed agricoli i più necessari e più vaghi, e sì degl'ingegni i più eletti; inchinevoli per indole e per simiglianza di costumi, e spesso necessitati dalla natura degli eventi a soccorsi scambievoli; comuni i bisogni, comuni i traffichi, comune e indivisa l' eredità preziosa della gloria avita; indistinti oggimai per legge nella estimazione de'dritti e delle obbligazioni; stretti da vincoli mutui e incessanti di alleanze domestiche, di contratti, e finanche (oh! così non fosse!) di complicità ne' delitti; pari ne' pericoli delle tempeste distruggitrici e degli accesi vulcani; e se disgiunti da breve tratto di mare, avvertiti sempre dalle vestigia, rimase eterne nelle opposte sue ripe, della nostra intima ed originaria unione; qual è il pregiudizio, quale la gelosia bizzarra, che ci tiene nelle cose del foro, e solamente nelle cose del foro, sì dannosamente disgiunti? Trasportino pure in Napoli i magistrati siciliani le tradizioni dell' an-

tica sicula sapienza; rendano i napolitani indigena in Sicilia la loro; e sol così potrà sparire lo scandalo che in qualche momento di scettica misantropia facea Pascal esclamare: strana giustizia! i di cui confini sono un monte o uno stretto, ed in cui un meridiano decide della verità, ed un grado di elevazione di polo rovescia ogni norma di dritto! Perchè non si decide una volta nello stesso modo in Napoli, Trani, Catanzaro ed Aquila, come in Palermo, Messina e Catania? Così l'educazion legale del regno sarà compiuta fra breve, il foro non sarà che uno, una la maniera di giudicare, una la giurisprudenza. — Il Re l'intese, ed al pubblico voto sorrise.

8. E per tal modo i Siciliani fra noi, ed i nostri fra i Siciliani hanno di già nel corso meno ancor di due anni, ridotto ad uniformità molte parti di dissonante giurisprudenza: nè ultimo luogo ha quella che riguarda l'*utile Salviano*, proposto da me poco innanzi ad esempio (1). E qual movimento nuovo di emula alacrità in bene operare e corrispondere alla fiducia che in noi ripone il Re Signor Nostro, qual riverbero di lumi, qual comunicazione mutua di pensieri e consigli, non è derivata in questa corte suprema dall'aver nel suo seno tanti magistrati, i quali illustrarono il foro di Sicilia? L'anno che scorse ne vide gli effetti, speranza non più dubbia, ma certezza per gli anni avvenire.

9. Per la quale educazion comune del foro, renduta ovunque uniforme la stessa maniera di giudicare, ne nasce compagna la prontezza e la celerità ne' giudi-

---

(1) Nel 1827 io feci di queste controversie *sull'utile-Salviano* il soggetto d'un trattato che qui al n. II riproduciamo; ma le ultime decisioni della gran-corte civile di Palermo han dato occasione ad un rescritto reale che le fa tutte sparire.

zii; e non quella precipitosa, ambiziosa, impaziente, che non discioglie i nodi, ma li tronca; sì quella delle anime illuminate e forti, agenti sempre ad un fine, e non trattenute incerte fra l'urto discorde di opposte opinioni. La giustizia, dice Cicerone, non ha valore che per l'uso: ella agisce esteriormente e da se, balzando per sua natura tutta intera al di fuori, spiccata sempre e visibile. E s'ella per ciò, più che ogni altra virtù, accorre spontanea e si slarga fra le altrui pretensioni contrarie, ond'estimarne le utilità e snodarne le dubbiezze (1), il farsi lungamente aspettare è incomportabile con la sua natura. Anzi non è che ingiustizia odiosisissima il tener ansie lungamente le menti, scoraggiare i buoni, far godere molto tempo a' perversi i frutti della malvagità e della mala fede, trattenere in ceppi l' innocente, ritardare e infievolire il pubblico esempio, e rendere di dì in dì più complicate le difficoltà de' giudizii, e dannosa, non che pericolosa a chi poi tardi l'ottiene, la stessa vittoria.

10. Vero è che la rapidità de' nostri giudizii non può esser mai quella delle prime società, nelle quali udito il reo in contraddizione dell' attore o dell' offeso, ora senza testimoni, ora con pochi, il giudice assolveva incontanente o condannava. Sviluppate meglio le menti, cresciuti ed implicati fra loro i bisogni, difficultato da' nuovi accorgimenti, dalle nuove e più mascherate passioni, e dalla stessa moltiplicità de' nuovi mezzi il rinvenimento del vero, con-

---

(1) *Virtus in uso sui tota posita est. — Iustitia foras spectat, et proiecta tota est, atque eminet. — Quae virtus, praeter ceteras, se ad alienas porrigit utilitates, atque explicat.* Cic. *de re publica.* I, 2, III, 7, iterum edente Maio, Romae, 1828.

venne particolareggiar meglio i casi, non che le specie, e fatta della investigazione e del ragionamento un'arte logico-critica, dar anche con le norme di procedura una logica pratica a' magistrati. Così la nostra speditezza dev' essere assai misurata, la nostra celerità composta. E però a rendere efficace il rimedio che si desidera a' ritardi giudiziarii, convien prima ben distinguere quelli che provengono dalle instituzioni, da quelli che oppongono i magistrati medesimi, e gli uni e gli altri da quelli che nascono dalla natura degli affari.

11. Quanto alle instituzioni, nostro ufizio è ubbidirle, non giudicarle (1). Gl' indugi che prescrive il legislatore, non sono perdite di tempo, ma guadagni per lo svolgimento del dritto delle parti, e per la ponderazione necessaria al giudizio. Era a' nostri padri non lieve cagion di lentezza la inestrigabile confusione delle giurisdizioni, e quello che il Re Ferdinando I dall'alto del suo trono definì, *cumulo di leggi, fatte in diversi secoli, per diversi popoli, differenti di costumi e di forme di governo, scritte in diverse lingue, senza un disegno generale, e spesso con opposti principii* (2). Sì fatta congerie, grande impedimento alla uniformità e celerità de' giudizii, è sparita: la legislazione corrisponde or tutta *a quella unità d'instituzioni politiche e civili, che formano il dritto pubblico del regno* (3). Rimaneva ancora nelle cariche un muro, benchè tenue, di separazione tra i Napolitani ed i Siciliani. Ma tal separazione fu solamente *uno stato intermedio* (son parole dello stesso legislatore) *da servir di preparazione al compi-*

---

(1) *Principi summum rerum iudicium dii dedere: nobis obsequii gloria relicta est.* Tac. Ann. VI, 8.

(2) Parole dell' esordio del real decreto 2 agosto 1815.

(3) Parole dell' esordio della l. 11 dicembre 1816.

mento della grand' opera, onde rimuovere insensibilmente i molti ostacoli nascenti dagli usi e dalle abitudini, i quali avrebbero sempre paralizzato il corso della nuova amministrazione, quand' ella ad un colpo fosse stata surrogata all' antica (1). E

---

(1) Parole dell' esordio della l. 12 ottobre 1817. — Questo stato *intermedio* cominciò con crearsi in Napoli una *giunta suprema di Sicilia*, mista di magistrati Napolitani e Siciliani; e ciò nel tempo stesso che con attribuzioni supreme nei tribunali maggiori, erano Napolitani in Sicilia il *consultore* ed il *conservatore*, e Siciliani in Napoli *due consultori*. V. la nostra *Procedura*, I, 296, ove abbiamo fatto onorata menzione di molti illustri personaggi, che instruendo qui noi delle cose di Sicilia, e là i Siciliani delle cose del continente, rannodavano ne'loro giudizii le due legislazioni. Io feci però solo alcun cenno di que'del mio tempo, come Cardillo e Ferreri, Migliorini e Troysi; l'ultimo de' quali mi fu poi collega, sì nella commessione legislativa del 1814, e sì nell' altra del 1815, e finalmente nel ministero pubblico presso la corte suprema. Bello ed instruttivo era udirlo con quanta sagacità in tutte le quistioni ei mesceva a' principii del dritto romano in cui fu maestro sì solenne, la giurisprudenza sicula nella cui dottrina ei si fece ammirare per tanti anni consultore in Palermo. Pubblicato poi il nuovo codice in Sicilia, si scelsero dalla nostra magistratura ingegni assai svegliati e ricchi di esperienza nelle cose del foro; ed ogni tribunal siciliano n' ebbe uno o più d'uno: chè vano è sperare nelle più utili riforme alcuna cosa di buono da uomini di tardo e mal esercitato intelletto. Ben li avremmo per causa di onore tutti qui nominati, se non fosse stato il timore di offenderne la modestia.

Ma dov' è fra costoro Michele Morgigni? Egli mancò a' vivi fin dal dì 24 di giugno 1822. Se è vero ciò che disse Cicerone, che il decoro è riposto in tre doti, avvenenza di persona, compostezza di maniere, e forma di dire opportunamente ornata, chi più di lui ebbe dritto a tal lode? Io lo vidi in tutta la freschezza del quarto suo lustro, presso quel laborioso e sì benemerito giureconsulto, Michele Terracina, famoso per le sue eddomadarie accademie, nelle quali con battaglie finte

questo *stato intermedio* è già, per effetto dell'ultima reale determinazione, cessato. Niuno dunque può più accusare le nostre instituzioni, niuno mercar più scusa

---

addestrava la gioventù forense alle vere. Correva il 1802, ed io già da qualche anno volgeva ad uso non infecondo sì utili esercizii, anche miei una volta, ed anche presso di lui. Il professore illustre, ma non sempre faceto nè erudito a proposito, con quella sua patriarcale compiacenza alla buona riuscita degli allievi, me 'l presentava dicendo: eccoti uno de'miei più bravi; la vivacità dell' occhio, e l' incarnato perenne delle guance ti mostrano in lui il Manfredi dell'autore che tu metti per tutto:

Biondo era e bello e di gentile aspetto.

E subito Morgigni: ma nè biondo, nè di dubbio natale son io, nè vorrei lasciar mai la persona rotta di punte mortali, o aver che fare col pastor di Cosenza: Risposta sì pronta, fatta con le parole dell'Alighieri (*Purg.* III, 118), ad un verso dell' Alighieri sì poco a lui confacente, mi destarono ed ammirazione e piacere; e quel giorno mi legò Morgigni per sempre in fede d'amicizia. L'ebbi vicino nel foro: grato m'era l' udirlo aringare; più grato il leggere le sue poesie ed i suoi scritti legali: e chi fu mai giureconsulto eloquente senza il fuoco sacro delle Muse? Tra sì fatte sue aringhe e scritture primeggiavano quelle relative a cause amministrative nella Sommaria, splendide de'più bei lumi della storia patria e della pubblica economia. Ed in questi studi, mescendo noi, come solevamo, alle cose più serie riso non incivile, ei rammentava talvolta quel *biondo* per *nero* del buon Terracina, ed io quel Manfredi di Dante, che avrebbe potuto più acconciamente far luogo al Floro di Orazio (*Ep.* I, 3, v. 20). Or chi avrebbe detto mai, che giovine ancora ei dovesse un giorno lasciare pur sulla strada, rotta la persona da punte mortali, benchè non di spada, ma di sassi, ne' quali precipitando di cavallo egli diè miserevolmente di testa, e che un pastor sacro di Cosenza ne avrebbe trasmutate le ossa, benchè non *a lume spento*, ma con tutti gli onori dovuti alle sue virtù, e in mezzo al lutto de'buoni?

La fama della pienezza delle sue conoscenze economiche lo menò nel 1806 all'amministrazione interina de' reali siti di Persano: quella delle legali nel 1808 al tribunal civile di Capitanata. Il decreto medesimo chiamava a magistratura più elevata il suo maestro Terracina. Nulla di più commovente

dal difetto di armonia fra le nostre leggi, quante volte le decisioni dei tribunali giungano più tarde dell' uopo, o presentino principii discordi.

---

delle lagrime di gioia di costui, allorchè il grato discepolo, baciandogli la mano, gli presentò il diploma della promozione sua alla toga, frutto non tardo delle cure di lui. Ma Morgigni non si avanza strascinandosi a stento ver l'ottimo, ei vi vola; chè tosto mostrò d'esser fatto per rappresentare il governo, e concionare in pubblico, e dirigere ed instruire i magistrati minori; pregi d' un proccuratore del Re, i quali nel 1813 gli fecero conferire la proccura regia presso il tribunal civile di Molise.

Quando poi nel dì 9 di giugno 1817 accadde la soppressione assoluta di tutti i tribunali, onde dar luogo al nuovo riordinamento giudiziale, egli venne nominato in Campobasso, come io lo era stato in Napoli, proccuratore del Re presso la commessione temporaria, che fece per quaranta giorni in ogni provincia le veci di tutte le giurisdizioni così civili che penali: carica, in cui non so se maggiore fu la fiducia del governo in conferirla, o la moltiplicità e la difficoltà del travaglio in esercitarla. Riaperto nel 21 di luglio il corso ordinario de' giudizii, ei si trovò promosso alla gran-corte criminale con missione di proccuratore del Re presso lo stesso tribunal civile di Molise.

In questo mezzo ei pubblicava l'*Analisi del regolamento de' conciliatori*, magistratura nuova, che forma come il basamento della nuova piramide giudiziaria. Quest' opera, nella quale la più profonda filosofia del dritto prende forme sì semplici ed ingenue, mostra ad ognun che sa, che chi così la fece, la fece con arte apposita onde meglio giovare la classe per l'appunto de' conciliatori, non giureconsulti di professione; ma ben da ogni pagina traspare la più ricca vena della scienza.

Nel 1819 si rendeva comune alla Sicilia il nostro codice ed il nostro ordinamento giudiziario; ed in luglio di quell'anno venia Morgigni prescelto all'esercizio del pubblico ministero, sì civile, che criminale, in Trapani. Chi può numerar quivi gli accidenti straordinarii per contese giurisdizionali, per contrarietà tra le leggi antiche e le nuove, per fuga improvvisa di turbe di condannati da'luoghi di pena, che l'obbligarono a provvedimenti energici insieme e prudenti, e nonpertanto instantanei? Chi le commessioni delicatissime, direttamente affidategli dall'allora luogotenente generale, e poi Re, Francesco I? La sua in-

12. Ben possono venirne accusati gli autori, e senza scusa, tranne quella che siam uomini, e vizii

---

genita e più che sicula prontezza ed alacrità in concepire ed afferrare in un attimo i rapporti più lontani degli avvenimenti e delle cose, la celerità e fermezza in eseguire, la venusta facilità in esprimersi, l'urbana cortesia in conversare e raddolcire co' modi la severità dell' ufizio; gli rendettero in terra non sua benevole anche le menti men propense alle novità introdotte.

Tornato da sì onorata missione, ei fu in settembre del 1820 innalzato a proccuratore del Re presso la gran-corte criminale in Lucera, e poco stante in Cosenza. Qui fu che per accidenti troppo noti, ottenne la facoltà di tornare alla sua prima profession giovenile: esperimento assai periglioso, e crogiuolo vero della virtù e della pubblica opinione di chi fu magistrato; tanto più ch' ei scelse per teatro della sua avvocheria Cosenza stessa, sede ultima della sua magistratura in tempi oltre ogni dire difficili. Ma nella patria generosa di Telesio, la memoria di aver egli con alta integrità e senza macchia sostenuta la carica, gli aggiunse nelle difese della numerosa clientela che tosto affollogli si intorno, grande augumento di credito, ed autorità più solenne.

Nella state sogliono i nobili Cosentini passare ad aure più fresche e salubri ne' villaggi vicini; e Morgigni con essi. Al tornare in città per aringare una causa, gli sopravvenne il caso miserando da noi sopra discorso. Così egli perì di soli quarant' anni; perchè nato in Gravina nel 1782. È vano il ragionare de' suoi studi puerili. Solo è degno di nota, che l' avvocato Vincenzo suo padre, vista l'indole felice del fanciullo, lo affidò al suo illustre congiunto, arciprete nella cattedrale di Molfetta, D. Giuseppe-Maria Giovine, uno degl'ingegni più elevati e più vasti, che abbiano mai vantato le Puglie. E Giovine ne vigilò l'educazione, regolando la sua instruzione nelle lingue classiche e nella bella letteratura; Giovine gli fu ei stesso maestro nelle matematiche e nella filosofia; Giovine con le sue lettere gli era di là direttore in Napoli nel perfezionamento di questi studi, e ne' successivi. Qual maraviglia se sì ben nato e ben instituito intelletto, fosse divenuto in sì fresca età quell' avvocato e quel magistrato, che meritava morendo l'elogio il più universale e il più vero, qual è il pubblico compianto? *Multis ille bonis flebilis occidit; nulli flebilior quam mihi.*

vi avrà fin che uomini, benchè nè continui, e dall'intervenzione de' migliori sieno contrappesati (1). E certo non sarebbe delle instituzioni, ma dell'uomo, il difetto d'ordine, per cui si rischia di andare sbalestatamente o a rilento; dell'uomo, la troppo timorata perplessità che trova ad ogni ombra un pericolo, ad ogni variar di sembianza un caso affatto nuovo, ad ogni contrarietà di pareri un nodo non solubile che per l'intervento dello stesso legislatore (2); dell'uomo, il velo onde si ammanta la tardità dell'ingegno, atteggiando a dignità un silenzio eternamente gelido, che può dirsi veramente *d'ogni luce muto*; dell'uomo, l'imbarazzo tra le costumanze napolitane e le siciliane, tra le vecchie norme e le nuove, che nelle menti senza principii, *confonde le due leggi a se mal note*; dell' uomo in fine quella petulante affettazione di far tutto senza far nulla, gesticolando, anelando, trafelando, e perdendo in una e la tranquillità dell' ozio, sì per certuni beata, e la compostezza e l' autorità della toga (3). Ma di tai difetti, non più de' tempi nostri, ampio ne dà il compenso quella schiera bennata, ch' educata qui,

---

(1) Tac. Hist. IV, 74.

(2) *Nec Deus intersit, nisi dignus vindice nodus.*
Hor. de arte, 191.

(3) Quindi dicea Cicerone: *Cavendum est ne in festinationibus suscipiamus nimias celeritates, quae cum fiunt, anhelitus moventur, vultus mutantur, ora torquentur, ex quibus magna significatio fit, non adesse constantiam.* Cic. de off. I, cap. 36, n. 131. Lo stesso Cicerone nel suo proemio a' dialoghi *de re publica* si scagliava contro i nuovi filosofi, i quali preferivan sì l' ozio al servizio pubblico, che Catone, *ut isti putant, erat demens, cui certe licuit Tusculi se in otio delectari, atque in illa tranquillitate iucundissime vivere, et cum cogeret eum necessitas nulla, in his undis et tempestatibus ad summam senectutem maluit iactari.*

come in Sicilia, a ben fare, operando e meditando si purga de' pregiudizii dell' età varie della vita civile, e del municipio. Spontanea è sempre in questa la celerità, e quasi non avvertita, perchè sempre la ripetizion costante e frequente degli atti convenienti alla natura delle cose, converte in facilità spedita, ogni opera, ogni studio, ogni umana attitudine (1). L'uso per lungo tempo uniforme nello estimare i fatti e giudicarne, riduce nel foro ogni serie più complicata d'investigazioni e di ragionamenti a corollarii, e questi a definizioni, ad assiomi, a massime e regole semplicissime. Togliete la uniformità di giudicare, e tutto ridiviene intralciato, tutto difficoltà e scetticismo.

13. La natura poi delle cause presenta talvolta inciampi gravissimi; ma questi parziali, ed in poche; e queste poche, se son distribuite in mezzo all'altre con metodo, e fatte o differite a tempo, non pregiudicano mai alla generalità del lavoro. Il vantaggio di possedere unita in un sol codice tutta la legislazione, sta principalmente nella facilità che a ciascuno ella porge di conoscerne presto quei pochi, ma luminosi principii, a' quali tutte si riferiscon le parti, formanti insieme, benchè spesso in sembianza contrarie, l'armonia stessa che offre per le dissonanze la musica, purchè anche queste concorrano all'accordo totale (2). Abituata la mente a contemplar la legge in tal modo, le divien facilis-

---

(1) Facultas, *dicta quasi* facultas, *unde postea* facilitas, *quasi sit expedita, seu exprompta faciendi solertia. Igitur facultas est facilitas, qua virtus in actum deducitur.* Vico de ant. it. sap. cap. VII.

(2) Cic. *de re publica*, II, 41: paragone che prima della scoverta dell' Eminentissimo Mai, ci era stato conservato da S. Agostino, da cui lo imitò Montesquieu, *Grandeur et décadence des Romains*. chap. XI. — V. Villemain a questo luogo di Cicerone, sì nobilmente esposto e tradotto da lui.

simo nelle controversie particolari, subbietto vario e moltiforme de' giudizii, il discioglierle delle loro apparenze, e riducendole alle ipotesi degli articoli del codice, riportarle con essi a principii, e con la scorta di questi prontamente deciderle.

14. Il che non arduo per chiunque non è minore della carica, diventa più agevole in corte suprema, ove niuna influenza ha l'interesse delle parti, e non siamo or qua, or là trasportati da quella infinita varietà di accidenti e di fatti, onde sono agitati i giudici del merito. Qui veramente la costanza, e nelle stesse controversie l'uniformità delle massime, basta alla celerità. Con queste arti la camera criminale, ove la materia si presta a farci più sensibilmente riconoscere le simiglianze e le discordanze, ha potuto in qualche anno decidere fino a 4500 cause. Nè può dirsene alcuna decisa con leggerezza: chè io in pruova ho creduto mio dovere di pubblicarne i documenti (1), da' quali si rileva, che non copiando in fretta, o agendo a caso e come spinti dal torrente di tante cause, ma traendo tutto con maturità e ponderazione dalle sorgenti pure delle leggi romane e del diritto universale, e dalla sicula e napolitana antica giurisprudenza, Voi avete dato quell'impulso alle gran-corti criminali onde superare con la costanza de' principii tante difficoltà, che la oscillazione di essi alla celerità opponeva (2). E già noi stessi ne

---

(1) Ne' miei quattro volumi finora pubblicati delle *Quistioni di dritto*.

(2) È un fatto costante, che rispettata l'autorità della corte suprema per la uniformità delle sue massime bene in pria ponderate, le gran-corti criminali delle quali è men frequente l'annullamento delle decisioni, sono le più celeri nella spedizione delle cause. Non è più raro l'esempio di cause gravissime decise con la più solenne esattezza e religione prima del mese dal dì del misfatto. Per non rammentarne che quelle che ci si son

cogliamo il frutto; perchè svanito così l' avanzo degli anni precedenti, nel trascorso anno non abbiamo avuto materia che per 1570 arresti (1): numero, a dir vero, non lieve; ma che non lascia al nuovo anno, che appena materia al lavoro di gennaio.

15. E nelle cause civili, non è stata forse la stessa luce e conoscenza de'principii, che ha permesso la divisione della camera in due? Nel che duplice era la difficoltà; pericolo di difformità in due collegii, e numero insufficiente di consiglieri. Alla prima si è ovviato colla divisione delle materie, onde i casi simili venissero sempre sottoposti a' consiglieri medesimi: la seconda è stata superata dall' amor del travaglio nell' adempimento de'cenni del Re Nostro Signore: tanto zelo, tanta alacrità si è spiegata da voi nel trasportarvi all' uopo di camera in camera. Così è avvenuto, che raddoppiato il collegio, non doppio solo a paragone

---

presentate negli ultimi scorsi mesi, un omicidio premeditato fu giudicato con condanna capitale in Chieti nel XXVII giorno da che era stato commesso; ed un omicidio volontario in Lecce, un altro in Lucera in XX giorni. Nel solo giro dello scorso anno Avellino ha adempito a circa 300 discussioni pubbliche, Napoli, e Santa-Maria con due camere ad un numero più che doppio: la stessa attività in quasi tutte le altre gran-corti del regno: tal che gli accusati rimasti non giudicati alla fine dell' anno, sono già per tutto di un numero assai lieve. Risposta di fatto a chi ama accusare le instituzioni, e non i vizii degli uomini, del ritardo o inesattezza in decider gli affari, e che a coprire il proprio difetto con l' insufficienza delle leggi, le calunnia, e vorrebbe rimedii straordinarii ogni giorno.

(1) Cause di morte 34,
di ergastolo. 3,
di altre pene criminali. 323,
correzionali. 1185,
conflitti e competenze 25,

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

degli altri anni, ma presso che quadruplo n'è risultato il lavoro.

16. E poichè il nostro regolamento in prescrivere questi discorsi annui, vuole che quasi a personificarvi le virtù che si raccomandano, si faccia menzione onorevole di coloro che *distinti nell' ordine giudiziario per sapere, per talenti, e per utili travagli*, han ceduto al comun fato nell'anno precedente, mal risponderei ai movimenti più intimi del cuore, se qui tacessi inonorato ANTONINO TORTORA (1), e sof-

---

(1) Nel dì 29 di dicembre dello scorso anno, per cura degli ufiziali del ministero di grazia e giustizia, si celebrarono le virtù del defunto Tortora da'più cospicui cultori delle Muse che vanti questa capitale, in un' accademia, la quale fu aperta da me con le seguenti parole.

Mortem omnibus natura aequalem, oblivione apud posteros vel gloria distingui. TAC. Hist. I, 21.

Non per adulare eredi potenti, nè per celebrare in chi muore fastosi titoli ed immagini vane, noi qui ci siamo in questo dì riuniti. Antonino Tortora, di cui sì cara e dolorosa insieme ci è la memoria, non fu ricco di quei doni di fortuna, ne' quali il volgo abbagliato stupisce. La fama dunque di lui non può esser quella, che temeraria e incostante travolge nome e sembianza a' vizii ed alle colpe; che falsifica la forma dell' onesto, e lodatrice importuna la sua bellezza corrompe; che rumor popolare, e non altro, si rende muta allo spegnersi della face, compagna ultima dell' estinto alla tomba. La gloria dell' amico di cui piangiamo la perdita, eco fra i buoni d'una virtù tutta sua, vive e vivrà perpetua, qual voce unanime *de' magnanimi pochi a chi 'l ben piace*, estimatori incorrotti del valor vero, qualunque sia il grado ed il titolo di chi n' è caldo ed ornato.

Non è già che nell' ordine civile io reputi basso o mal proprio a spiriti elevati, il grado ch'ei tenne di capo di ripartimento d'un ministero di stato. Dico solo, che chi vi è collocato, dovendo non agir solo nè provvedere da se, ma raccogliere e preparare i materiali, necessarii agli organi immediati della potestà sovrana per proporre leggi e governare lo

frissi sepolte in invidioso obblio tante sue virtù e fatiche. Egli alla vita pubblica uscì dagli ufizii della

---

tato, poco ha dall'ufizio, onde ferire gli occhi del volgo, e rapirne i suffragi. Ma chi non è volgo, ben sa che quanti risplendono alcun poco per opere d'ingegno, come che senza carica propriamente detta, se intendono esser utili alla patria, non possono far altro che preparar materiali a chi la governa. Questo è il vasto deposito da cui l'uomo di stato trae le conoscenze de' bisogni pubblici, e de' mezzi onde soddisfarli, tal che lo storico, il filosofo, il giureconsulto, e quant' altri ammiransi egregii nelle arti della pace e della guerra, anche nella solitudine de' loro gabinetti, anche loro malgrado, son tutti naturalmente ufiziali de' ministeri di stato. Se non che ciò che in costoro mal dicesi volontario (chè debbe ogni uomo nato nella società volger sempre tutte le forze all'utile di lei) diventa non sol dovere, ma condizione essenziale di carica in un capo di ripartimento.

E questo dovere è lo spirito il quale investe e alimenta tutti i suoi studi, tutti gli affetti, tutta la vita; dovere che poi diventa in lui triplice, non perchè divisibile, o indifferente che sia staccatamente esercitato, ma perchè animato da tre rispetti, egualmente necessarii, conspiranti tutti ad un fine. E però in prima delle cose onorate, opera di tanti ingegni, ei dee fare ricerca accurata, e coglierne il più bel fiore, e far sua la sapienza che sparsa si diffonde da molti; il che richiede tempra di mente assai celere e vasta, ed applicazione indefessa. Dee quindi giudicare i loro pensamenti in quanto valgan per l'uso, onde discioglierli da ogni vana utopìa, delirio d'una bontà solitaria; il che richiede conoscenza estesissima delle cose, più estesa degli uomini. Debbe infine presentar tante idee, ma a proposito e con semplicità, a chi elevato al centro d'azione di tutto il corpo civile, può ei solo nel consiglio del Re discuterne le convenienze e riceverne la decisione; il che richiede desterità e prontezza di agire a tempo ed a luogo, fondamento dell'arte di stato. Fu detto già che degli scienziati è l'illuminare un popolo, delle anime forti il governarlo. Un capo di ripartimento è in mezzo agli uni ed all'altre: necessità di svolgere i principii la di cui azione renda facili e concordi tutti i movimenti governativi; ed esperienza acquistata dalla varietà degli eventi, perchè le passioni e gli errori non

corte suprema: qui l'ebbi alunno, ventotto anni fa, pochi mesi dopo ch' io era stato chiamato all' attuale mia carica: la dignità e gli ufizii della corte su-

---

isconcertino l'esecuzione de' migliori progetti, o qualche granello mal negletto di sabbia non arresti il giro d' una ruota politica. Nè per giungere a tanto egli ha, come noi, il circolo, il foro, la cattedra, ove libero d' ogni legame, tranne quello della verità e dell' onesto, possa rettificare e fecondare l' ingegno; nè suo può dire un provvedimento prudente, una risposta acuta, un' azione magnanima. Necessario fra gli organi primi dell' ordine civile, e vicinissimo a quelli che ricevono dal Re direttamente la forza, egli opera per vie, per lo più occulte alla moltitudine che vede sì poco. Nè queste vie gli si aprono seminate di fiori. Quella facilità di lusinghe, che altrove non è che urbanità o debolezza, può diventare in quella carica non pur viltà, ma perfidia: quel presumer di se, e vantar senno e potere, che altrove non è che vanità puerile o iattanza, può quivi turbare la direzion tranquilla delle menti, ed eccitarle ad esigenze colpevoli: la stessa loquacità, che altrove non è che impeto mal temperato o inconsiderazione, può quivi degenerare in prevaricazione e spergiuro. Di quante difficoltà è aspro, in che periglioso cerchio è angustato l' ufizio di un capo di ripartimento!

E pure il nostro Antonino tutti questi scogli schivò, tutti serbò quei confini; anzi il rigor di doveri ch' esigono a sì alto grado e forza d'animo e annegazione di se, perdette in lui quanto ha d' irto e spiacente: sì egli era fatto più che addottrinato alla prudenza, e sì gli era abituale la temperanza degli affetti e della lingua. Pensare, parlare ed agire convenientemente al suo stato, non solo era in lui calcolo di ben coltivata ragione, ma pendio insieme e soddisfazione del cuore. Qual maraviglia se virtù più naturali e più facili, la pietà, la generosità, la fede, in lui divenner costume? Benefico all' uopo, ma senza aspettar priego; facile e cortese, ma senza mai prostrare la sua dignità; aperto nelle conferenze, candido ne' consigli, ma senza alzar mai il velo agli arcani della carica. E qual carica odiosa sarebbe mai quella, ove non potessero stare insieme la sincerità e il segreto? Nè a Tortora eran mestieri interiezioni ingannevoli, o ambi-

prema furono il subbietto delle prime sue opere. Capo di ripartimento nel ministero di grazia e giustizia, e pieno sempre di rispetto per un collegio cui

---

guità di gesti e parole, o mobilità artefatta di fronte, d'occhi, di labbra: la riserva in lui era ingenua, come il suo cuore: non contorsioni, nè affettazioni, nè ambagi: tutto forza d'animo, non bassezza di dissimulazione. Tal che o parlando, o tacendo, la sua dolce e ben armonizzata sembianza, se inspirava fiducia, sforzava gl'indiscreti al rispetto: tanto ella ritraeva al vivo la serenità imperturbata d'un' anima benevola, ma tenace del proposito, ma incapace di dettar dentro, o di significare al di fuori, altro sentimento che del dovere e del retto.

Le quali virtù, quasi ingenite in lui, erano state fin da' primi anni suoi, di dì in dì rinforzate da diligente educazione. Tutta la sua vita parve diretta dalla Provvidenza per farne un tipo, un modello della carica cui ella il chiamava. Ei vide la prima luce nella patria di Torquato, e sembra averne con le prime aure bevuta in gran parte l'indole grave e generosa, senza quel fuoco di passioni infrenabili, che fecero del più grand' epico un illustre infelice: religioso quanto egli era, nemico delle brillanti frivolezze, acuto intelletto, assidua applicazione particolarmente su' classici: se non che più docile, e figlio di magistrato coltissimo, ricevette di buon'ora, misti alla letteratura ed alla filosofia, i semi più fecondi della scienza legale, applicata però all'uso ed alla vita civile. E già fra i suoi eguali non era secondo ad alcuno, quando nel 1812 (vent'anni appena ei contava) il ministero pubblico presso la corte suprema, del quale io avea l'onore di far parte, propose ed ottenne dal governo l'instituzione d'un alunnato di giurisprudenza pratica, scuola unica e vera di perfezionamento nella estimazione de'dritti altrui, e nell'arte di bilanciar fra di loro e ritirare verso i principii gli accidenti sì svariati e moltiplici degl'interessi particolari. Fra quei primi alunni, ch' hanno poi non men che i loro successori, illustrato tanto e l'avvocheria e la toga, *del bel numer uno* fu Tortora. E parmi ancora di udire il suono modesto della insinuante sua voce, stringere in brevi accenti le più difficili e complicate controversie; rimane ancora presso di me qualche scritto di lui, semplice di stile, quanto spiccato per nerbo, spirante odore dell' antica italica

avea consecrato gli esperimenti suoi primi, *ei compiè sua giornata innanzi sera;* ma non perirà giammai

---

sapienza: nè ancor m' esce di mente, come nella censura degli atti giudiziarii e de' giudici, ammesso egli ne' penetrali più intimi del nostro ufizio, mostrò, mirabile in quella età, spirito di riflessione, quanto minuto ne' particolari, tanto pronto ad ordinarli, e franco in rannodarli a cause generali; donde quella non timida maturità di consiglio, che non con la lentezza rende i casi dubbi più incerti, ma con la benignità li disnoda; virtù rarissima ne'giovani, più rara ne' vecchi, ov'essi sien tali, che sol paghi di se, nè mai trovando termini di comparazione con se stessi, crescono di stranezza e di pervicacia cogli anni, nè maturano mai.

Di quali speranze adunque non dovea darci presagio un giovine sì egregio? E prima di noi ne avea pur fatto esperimento quell' ingegno acre, gloria della corte suprema e della università degli studi, il di cui giudizio fu sempre sì lucido, ed il tatto morale sì squisito e sicuro, Felice Parrilli, proccurator generale allora presso la commession suprema de' titoli di nobiltà e de'maggiorati. Questi, già suo precettore, lo aveva in quella commessione chiamato alla carica di segretario, ufizio in cui la ragion de'tempi richiedeva un uomo il quale, profondato molto addentro nella storia del medio evo e nel dritto pubblico di Europa, sapesse ben vedere in che i principii antichi feudali fossero stati dalle nuove leggi troncati, in che ridotti e trasfusi nella nobiltà nuova e ne' nuovi maggiorati. Ed uomo sì fatto ei rinvenne in quel giovine: il quale in tanta e sì gran mole di affari, alunno in corte suprema, e segretario nel tempo stesso di tanto maestro, acquistò ben presto, e per la vastità delle conoscenze, e per la sua riflessiva riserva, e per la facilità di proporre mezzi proprii al bisogno, attitudine maravigliosa all'ufizio nel quale ei morì. Ah! perchè non posso accompagnare con le mie parole l' amoroso discepolo almeno insino agli onori del suo grande institutore? Debbo invece rinnovare il dolor mio, rammentando il mio collega Parrilli, spirante fra le braccia sue, e le mie: fato immaturo, che assai più immaturamente, e dello stesso genere di morbo, colpì poi lui medesimo!

Intanto nel 1813 egli era nominato uditore al consiglio di stato; e dietro incarichi assai scabri, ufiziale di carico nel

la memoria di quella che singolare fu in lui, prudenza, rettitudine, costanza:

animus
Rerumque prudens, et secundis
Temporibus dubiisque rectus.

---

ministero di grazia e giustizia; e poscia segretario d'una commessione, instituita nel ministero medesimo per l'esaminamento de' punti i più importanti delle cinque parti del nostro codice. Nè le sue brevi ore di riposo eran perdute pel pubblico. Diligente in seguire il corso ultimo sì pieno delle scienze morali in Europa, imitava l' Africano, di cui già fu detto, non esser mai stato ozioso meno, che quando era ozioso, nè mai men solo, che quando era solo. L'ozio e la solitudine, cagioni agli altri d'infingardaggine e di languore, fortificavano lui, e gli aguzzavano l' intelletto, e gli fornivano il tempo in cui comporre opere, atte a rendere agevole ed uniforme l'applicazione delle leggi, e dar materia a' giureconsulti di meditarne i miglioramenti. Così abbiamo di lui il libro eruditissimo, *Della dignità della corte suprema*, le *Illustrazioni degli atti dello stato civile*, il *Manuale de' Notai*, e la versione del *Troplong*, con osservazioni sì giudiziose e feconde, che nella materia *de' privilegi e delle ipoteche*, tormento de' pubblicisti e de' compositori di leggi, le note di lui porgono un filo utilissimo onde uscir finalmente da sì intrigato laberinto. Fin dalla pubblicazione delle prime sue opere, molte accademie nostre e straniere si affrettarono a chiamarlo nel loro seno; ed intanto ei veniva innalzato a presedere in quel ministero al ripartimento degli affari civili. E pure allora gli mancavano ancor due anni onde pervenire a quel punto di età, che fu detto il *mezzo del cammin di nostra vita*. Detto per lui troppo fallace! Dell' arco che volge verso l'occaso, ei non percorse che il terzo.

E già pria che questo così troncato gli fosse, angosce domestiche, assai più crude della morte, aveano spento in lui il sorriso della vita. Padre infelice! Un figlio lungamente desiderato il Cielo gli diede; e tosto gliel ritolse. Una e poi un'altra angioletta, fiori di leggiadria e di grazie, sorsero a confortarlo, ed entrambe seguiron tosto il fratello. Fu scritto che Catone, il severo Catone, ben molto rimise della sua austera impassibilità alla morte del figliuolo. In che fondo

Splendida così di tutte le virtù dalle quali deriva la celerità più composta negli affari, la ricordazione di lui chiude l'enumerazione, che in voi specchiandomi ho fatto di esse, come al mio dire dà fine.

---

dunque dovette cadere un' anima, come quella d' Antonino, all' assalto non d' una sventura di tal fatta, ma di tre? Le quali d' indi in poi gli cospersero di pallor letale le guance, annunzio funesto del vicino suo fine. Vero è che per nulla debilitarono il vigor del suo spirito: profondamente rassegnato a' decreti della Provvidenza, ei ne diede l' esempio, che qualunque caso avvenga all' uom forte, non perdona mai intermissione alcuna dall' officio. In lui però, naturalmente pensoso e poco loquace, tutte le virtù presero allora una tinta più melanconica; melanconia non lamentosa e irritabibile, come quella del suo gran concittadino; dolce sì e pacata, come la sede ove contemplava traslocata la prole. E le pari ad età sì tenera con amorosa sollecitudine ei ricercava, e solo suo conforto traeva dall' alleviar la sorte de' fanciulli, orbati di genitori nella furia spaventosa del morbo asiatico. Ed in sì operosa soavità di cure benefiche, chi può più darmi i colori, onde ritrarre la sua pietà verso la madre, la tenerezza verso la consorte, la liberalità verso le sorelle, la paterna carità col fratello, la fiducia negli amici, la indulgenza co' dipendenti, la benevolenza ver tutti? Virtù sue antiche ed abituali, rendute allora più care per quell' incanto inesprimibile di purità e passione, ond' eran frammiste.

Ei nacque nel 1792; uscì de' vincoli terreni, ricongiungendosi a quanto avea di più caro, nel dì 18 di agosto del 1839. Il lutto degli amici, il pianto de' suoi colleghi, il dolore e il desiderio degli uomini di lettere e dabbene, ne accompagnarono la spoglia mortale; argomenti non dubbi di gloria non peritura. Eccovi una vita incorrotta, calda di virtù domestiche, delle quali fu vittima, e non per tanto intenta sempre all' adempimento de' doveri d' uom pubblico, ed all' utile universale, oggetto unico delle cure indefesse del Re Signor nostro. Ho adempito al doloroso ufizio d'indicarvene i punti più luminosi. Vostro è il celebrarla col linguaggio sacro delle Muse, e renderla immortale.

II.

DELL' UTILE INTERDETTO SALVIANO

NEL REGNO DELLE DUE-SICILIE

DOPO LA PUBBLICAZIONE DEL CODICE

SOMMARIO.

CAP. I. Introduzione.

I. *Quistione che ci proponiamo a risolvere.* — Le nuove leggi hanno esse abolito l'utile salviano? § 1.

II. Occasione di questo trattato, § 2 e 3.

III. Metodo, § 4 e 5.

IV. Divisione in quattro parti, § 6.

CAP. II. Prima parte. — *Definizione dell' utile-salviano.*

I. *Dritto* da cui nacque; *fine* a cui tende; *mezzo* che adopera; *effetto* immediato che produce, § 7.

II. *Dritto*, *mezzo*, *effetto*, *fine* dell'azione ipotecaria, § 8.

III. Confronti del quasi-salviano con l'ipotecaria. Il *dritto* ed il *fine* sono gli stessi: l'*effetto* immediato è diverso, perchè diversa è l'intensità del *mezzo*, § 9 a 14.

IV. Epilogo di questi confronti fatto con una sentenza del *Pothier*, § 15.

CAP. III. Seconda parte. — *Storia e giurisprudenza dell' utile-salviano.*

I. Difficoltà di rinvenire l'autore dell'utile-salviano. Nacque da' civili bisogni, *rebus ipsis dictantibus*, § 16 a 18.

II. Meglio è dunque ricercarne la storia nella storia generale delle civili istituzioni, § 19. — Prima epoca, § 19 e 20. — Seconda epoca, § 21 e 22. — Terza epoca, § 23.

III. Come cominciasse a mescolarvisi l' abuso della metafisica, § 24.

IV. Primo abuso della metafisica forense: ridurre tutto a generi ed a classi. — Introdotta nel foro la distinzione de' giudizii *petitorii* e *possessorii*, l'utile-salviano fu classificato fra' *possessorii*, e l'azione ipotecaria fra' *petitorii*. — Vanità di questa classificazione, § 25 e 26.

V. Quando si udì la prima volta nel foro il nome del Salviano, vi nacque *interdetto*, e per un oggetto determinato, § 27.

VI. L' analogia fece portare alle forme del *salviano* tutti

gli oggetti che sono entrati poi sotto il nome di *utile-salviano*, o *quasi-salviano*, benchè questi sieno evidentemente fuori dalla natura degl'*interdetti*, § 28 a 30.

VII. Secondo abuso della metafisica forense: cambiare l'analogia in identità. — Dati i nomi d'*interdetto*, e di *possessorio* e di *petitorio* a cose che non son tali, si contorsero le cose per conservare la vanità de' nomi, § 31 a 35.

VIII. Con tutto ciò la natura intrinseca dell'azione trionfò della falsa metafisica; ed il modo stesso raccomandato da' forensi per introdurre in giudizio l'utile-salviano rivela la vanità delle loro distinzioni, § 36.

IX. Un principio fu sempre riconosciuto per vero; ed è che nell'utile-salviano non si guarda il *titolo*, ma il *possesso* del debitore, § 37.

X. Terzo abuso della metafisica forense: rigore nella opposizione de' termini. — Messo dunque l'*utile-Salviano* come un termine opposto all'*azione ipotecaria*, si opinò che se nell'uno non si guardava che il *possesso* del debitore, nell'altra dovesse essenzialmente guardarsi il *titolo*. — Vanità di questa opinione, § 38. — Si dimostra ciò dallo stato quadruplice in cui può trovarsi nel momento dell'azione il possesso del fondo ipotecato, § 39, — e dalla qualità di alcuni casi particolari di utile-salviano, § 40.

XI. Quando furon tenute per opposte azioni l'utile-salviano e l'ipotecaria, convenne stabilire un canone per determinare le circostanze in cui dall'uno dovesse all'altra passarsi, § 41, — Si spiega questo canone ne' rapporti del debitore, § 42. — Si spiega ne' rapporti del creditore. — Sempre però nel bisogno la natura intrinseca dell'azione trionfò della metafisica, § 43.

XII. Inviluppo necessario di questi giri metafisici: per men sentirli, ma non uscirne, si aggiunsero all'utile-salviano molte cautele, § 44 a 48.

XIII. L'unione di queste cautele formò in Napoli il giudizio di *assistenza*, § 49 a 51.

XIV. Fonte principale de' vizii del sistema, § 52.

XV. Passaggio al *cap.* seguente, § 53.

CAP. IV. *Appendice al cap. III. — Se l'utile-salviano sia dritto propriamente detto, o procedura.*

I. Distinzione fra dritto propriamente detto, procedura, e dritto agli atti di procedura, § 55 e 56.

II. Primo atto dell'utile-salviano: esso è procedura, § 57.

III. Secondo atto: è pure procedura, § 58.

IV. Terzo atto: è pure procedura, § 59.

V. Confutazione di un argomento contrario fondato sul possesso che forma uno degli estremi dell'utile-salviano, § 60 a 65.

VI. Confutazione d'un altro argomeuto fondato sul senso scolastico della parola *forma*, § 66 e 67.

VII. Epilogo della seconda parte del trattato, § 68.

VIII. Passaggio alla terza § 69.

CAP. V. Parte terza. — *Materia dell'utile-salviano trattata nelle nuove leggi.*

I. Proposizione, § 70.

II. L'utile-salviano nelle nuove leggi non può ricercarsi nel trattato de'contratti, nè ha rapporto col contratto anticretico, § 71 a 73.

III. Il succedaneo all'utile-salviano dee ricercarsi nel trattato delle ipoteche, § 74.

IV. Il salviano, propriamente detto, è conservato nelle nuove leggi, § 75.

V. Il quasi-salviano vi è conservato identicamente per ciò che riguarda dritto da cui dipeude, § 77 e 78.

VI. Per la procedura, ogni suo atto trova il soccedaneo in altrettanti atti fissati dalle leggi nuove di pr. civ. § 79.

VII. Le ll. di eccezione per gli affari di commercio ne compiono il trattato, §. 79.

VIII. Anzi l'attuale giudizio ipotecario si avvia con gli estremi dell'utile-salviano, più che con quelli che la matefisica forense voleva nell'azione ipotecaria, § 80 e 81.

IX. Confronto più vicino della vecchia legge e della nuova intorno all'utile-salviano sotto il rapporto del dritto propriamente detto, § 82; — e della procedura, § 83 e 84.

X. Ragione della differenza tra gli atti di procedura antica, e gli atti della nuova, § 85 e 86.

XI. Confutazione di un argomento fondato sulla causa finale del quasi-salviano, § 87 a 91.

XII. Epilogo di questo *cap.*, § 92 e 93.

XIII. Ultima opposizione: è confutata nel seguente *cap.*, § 94.

CAP. VI. *Appendice al cap. V. — Confutazione degli esempi di cose giudicate.*

I. Tre sono le decisioni che si allegano in contrario, § 95.

II. Lor manca il primo requisito dell'applicazione degli

esempi ad altri casi, il quale è l' oscurità o l'ambiguità della legge, § 96 a 101.

III. Manca il secondo, ch' è la simiglianza delle circostanze, § 102 e 103.

IV. Manca il terzo ch'è la costanza della giurisprudenza, § 104.

V. Conchiusione della terza perte, § 106.

CAP. VII. Quarta parte. — *Dritti acquistati sotto l'impero delle antiche leggi relativamente all'utile-salviano.*

I. *Proposizione*: l'immissione del possesso del creditore secondo l'utile-salviano è proscritta dalle nuove leggi. Si propone una triplice dimostrazione di questa proposizione, § 107.

II. *Prima dimostrazione.* — Questa immissione è un modo di esecuzione e procedura; non è dritto propriamente detto. Cambiata la procedura, è cambiata ancor essa, § 108 e 109.

III. *Seconda dimostrazione.* — Questa immissione in possesso, ancorchè fosse dritto, non è conservato dalle nuove leggi, § 110. — Non lo è per regola generale, § 111; — non lo è per l' eccezioni delle leggi transitorie, § 11: — non lo è per la forma delle trascrizioni de' passaggi di proprietà, § 120. — Dottrina di *Chabot*, § 121. — Confutazione di una obbiezione presa da un altro esempio di cosa giudicata, § 124.

IV. *Terza dimostrazione.* — Questa immissione in possesso è incompatibile con le disposizioni delle nuove leggi sulla materia, § 126. — È incompatibile come modo di esecuzione, § 127 e 128. — È incompatibile, se si guardi il dritto de' terzi, § 129. — E tale è pure, se si guardi l'interesse generale e lo spirito della intera legislazione, § 131.

CAP. VIII. *Appendice al cap. precedente.* — *Applicazione della teoria ad una causa del duca di Sperlinga.*

I. Stato della quistione; § 136 a 143.

II. L'obbligazione del duca sarebbe personale. Sfugge dunque dall' ipotecaria, come dal salviano, § 144 e 145.

III. Sarebbe un debito maturato sotto le nuove leggi. Non può dunque ricorrersi alle leggi antiche, § 146.

IV. Sarebbe un debito eventuale. Conveniva dunque inscriverlo come tale, § 147 e 148.

V. Ultima ragione *ex absurdo*. — Epilogo di questo *cap.*, § 149.

Conchiusione, § 150 e 151.

CAP. I.

INTRODUZIONE.

Oggetto e divisione di questo trattato.

Un diritto ipotecario, acquistato presso di noi sotto le leggi anteriori a' nuovi codici, potrà oggi venir esercitato anche per via dell' *utile-interdetto-salviano*? Questa è la quistione che ci proponiamo a risolvere (1).

2. Ella, per dir vero, non è di grande importanza ne' reali dominii di qua del Faro, ove un tale *interdetto*, innanzi alla prima epoca delle nuove leggi, era piuttosto un elemento del giudizio di *assistenza*, che una particolare azione. Ma nella Sicilia, dal secolo decimosesto in poi, esso è stato un mezzo sì comune per la giudiziaria soddisfazione dei *debiti ipotecarii* (2), che cangiate pur quivi le leggi, vi sorgono anch'oggi dotti sostenitori d'esso e campioni. E già vi si vanta qualche decisione che le loro imprese seconda (3). Non può forse temersi che l'autorità di

(1) Tal quistione formò l'oggetto di una causa del *Duca di Sperlinga*, uno de' più cospicui e più colti ex-baroni della Sicilia. La causa si agitava innanzi alla corte suprema di Palermo. Io che allora (1827) avea l' onore di essere in Napoli l' avvocato di lui, scrissi e pubblicai questa memoria, onde dire anch' io su di ciò qualche cosa, e più per non mostrarmi qui inerte in una controversia, gravissima ne' suoi effetti per l' illustre cliente, che per bisogno che colà ne avesse la difesa, la quale vi era raccomandata a' primi ingegni del foro.

(2) Barbagalli, sing. 98, n. 9.

(3) Tale fu la decisione della gran-corte-civile di Palermo del 19 gennaio 1827, la quale per ritardo non volontario di pagamento delle convenienze nuziali e degli alimenti verso

giudizii e d'uomini sì gravi, varcato il breve mare che ne divide, non tenti richiamarlo anche qui dalla tomba?

3. Abbiamo sotto gli occhi un trattato del chiariss. Fodera' sull'oggetto (1). Propugnator caldissimo dell' *utile-salviano*, egli sembra investito di sì profonda persuasione del suo soggetto, ch'è ben difficile il non piegare a'primi suoi scontri. Ma non appena che con la guida della legge si sottopongono i suoi ragionamenti all'analisi, cresce forse l'ammirazione per chi, già chiaro per altre letterarie fatiche (2), ha saputo dare

---

la sig. *duchessa di Sperlinga*, accordò a lei l'*utile-salviano* sopra i beni del *duca* suo marito. Ella n' era stata già messa in possesso. Contro questa decisione pendeva il ricorso per annullamento, il quale veniva sostenuto con la presente memoria.

(1) *Dello sperimento dell' utile-interdetto-salviano sotto l' impero delle nuove leggi*, Palermo 1821, nella tipografia di *Filippo Solli*. Questa è l'opera che pubblicata, non per la causa, ma sulla quistione in generale, ha nel presente lavoro richiamata principalmente la nostra attenzione.

(2) Filippo Fodera', nome assai glorioso nel foro siciliano, la di cui onorevole amicizia ci fu prezzo di questo nostro trattato, compiè la sua carriera nel 1837, vittima del morbo asiatico, scoppiato con tanta furia in Palermo. Quanti uomini egregi vi periron con lui! E di lui, e di altri molti, fra i quali primeggia l'illustre Domenico Scina', tessette gli elogi, o con somma il cura li raccolse il coltissimo mio amico, barone V. Mortillaro, nobile esempio di patria carità, e di amor delle lettere. Il Fodera' non solo era stato innalzato a chiarissima lode dalle sue elucubratissime difese forensi ed altre opere legali, ma più da opere maggiori di filosofia e di diritto universale, fra le quali furono accolti con sommo favor pubblico i *Principii della legislazione criminale e della riforma de' codici criminali*, pubblicati in due volumi nel 1813 in Palermo, con quell' epigrafe tolta da Tacito, *clementiae simul ac severitatis non poeniteat* (Ann. III, 50), la quale dovrebb' essere la profession di fede di tutti gli scrittori di cose penali.

ad un sì arduo assunto sembianza di vero; ma falsificato ne rimane il parere, e l'*interdetto* rientra fra le antichità erudite del nostro dritto (1).

4. A due punti ci riduce la difesa dell'*utile-salviano*. Il primo è più generale e più ardito: ei vorrebbe farlo sussistere anche adesso, come *materia* la quale non ha formato oggetto delle disposizioni delle leggi nuove: sostiene dunque ch' ei non è caduto alla caduta ed abolizione delle vecchie leggi. Nel secondo egli assume, ch' ove un sì lungo e sì vasto impero non voglia accordarglisi, non gli si debba almeno disdire di assister coloro che avessero al suo soccorso sotto le leggi antiche acquistato alcun dritto.

5. Noi seguiremo le sue idee, ma non seguiremo il suo ordine. Egli comincia dalla storia: noi definiremo prima il nome. — Che mai si è inteso per *utile-interdetto-salviano*? In quali casi e perchè esso è stato conceduto o negato, oppure ad altre azioni riunito? Questa discussione ci svelerà la sua natura, e l'estensione della sua forza: *vim ac potestatem* (2). Allora sarà facile il riconoscerlo ovunque esso sia, e seguirlo nel dritto romano e nel patrio, e svolgere le forme sotto le quali vi si è introdotto e sostenuto, e distinguerne le varie epoche, e disegnare quali modificazioni abbia ricevute dal tempo, e se siagli stato chiuso l'adito onde penetrare fra le nuove leggi, oppure se vi regni ancora sotto altra divisa e con meno arcana e di-

---

(1) Ed era pur tempo, che chi s'identificava in esso, dicesse alfine come Deifobo (Virg. *Aen.* VI, 545):

Discedam; *explebo numerum*, *reddarque tenèbris*.

(2) In queste parole del giureconsulto Celso (L. 17, D. I, 3, *de legibus*) il nostro G. B. Vico ritrova ciò che poi le scuole dissero *essentia*. *Vis*, *vis intima*, è tutto quello che constituisce la forza intrinseca della cosa; *posse*, *potestas*, è l'estensione e la portata della forza, quando ella passa all'atto.

susata denominazione. Un metodo diverso potrebbe forse pregiudicare alla chiarezza necessaria per fissare e seguire i termini della quistione.

6. In *quattro parti* dunque divideremo il nostro lavoro.—Con la *prima* investigheremo i caratteri essenziali dell'*utile-salviano*.--Con la *seconda* ne scorreremo la storia, meno però ne' campi archeologici, che in quelli della giurisprudenza, la quale sola, anche in mezzo a' suoi errori, può fissarne i confini e scuoprirne i punti di contatto con le altre azioni.—Con la *terza* e con la *quarta* combatteremo i due assunti principali che i difensori dell'*utile-salviano* sostengono (*sup.* § 4).— E tutto menerà a dimostrare che il *diritto* il quale era disegnato con la frase *utile-interdetto-salviano*, fu, ed è, e non può esser mai altro che lo stesso: è un bisogno civile di tutti i popoli e di tutti i tempi. Ma non è più stagione di usarne il *nome* (1), nè usare la maggior parte degli antichi suoi modi. La sua voce e le particolarità delle forme sono cangiate; e la nostra quistione (*sup.* § 1) si scuoprirà essere più quistione di *vocaboli*, che di *cosa*.

---

(1) *Verborum vetus interit aetas,*
Et iuvenum ritu florent modo nata vigentque
Hor. *de arte*, v. 62.

CAP. II.

Prima parte.

Definizione e natura dell' utile-salviano.

7. *L' utile-salviano* era il mezzo giudiziale col quale il *creditore ipotecario* conseguiva il *quasi-possesso del pegno*, e ne percepiva i frutti, *a fine* di soddisfarsi del credito con questo percepimento (2). Il *dritto* dunque dal quale derivava l'*utile-salviano* era l'ipoteca; niun altro fuor che il *creditore ipotecario*, poteva instituire l' *utile-salviano*: mancata l' *ipoteca*, mancava la facoltà di ottenerlo. Il rapporto tra l'*ipoteca*, e l' *utile-salviano*, è lo stesso che passa tra il *dritto*, ed il *mezzo* onde esercitare il dritto e ridurlo ad *effetto*.

8. Che anzi il *mezzo* principale del dritto ipotecario era l'*azione ipotecaria*, non altrimenti che il maggior *effetto* era la *vendita del pegno*, da farsi per l' istesso *fine* della soddisfazione del credito (*sup.* § *preced.*). La differenza tra l'azione *ipotecaria* e l' *utile-salviano* non stava nella differenza del *dritto* da cui entrambi provenivano, nè del *fine* cui tendevano entrambi, ma nella forza del *mezzo* e nella intensità dell' *effetto*.

9. L' *ipoteca* è un *dritto reale* (*ius in re*) che si costituisce su di una cosa, ad oggetto di soddisfare una obbligazione; e perciò dritto inerente a' beni,

---

(2) *Utile salvianum est quod cuilibet creditori competit ad persequendam possessionem rerum sui debitoris, pignori obligatarum.* Cuiac. in cod. lib. 8, tit. 9, edit. neap. tom. IX, columna 1173.—Dimostreremo appresso perchè abbiamo tradotto *possessionem* in *quasi-possesso*. *Infra* § 10 *e segg.*

ancorchè passino in altre mani; dritto di sua natura indivisibile, che sussiste sopra tutta la cosa ipotecata, e sopra ciascuna parte di essa (1). Questo *dritto* però non comincia a ridursi ad *effetto*, se non quando si spiega l'*azione*. Tutti i frutti percepiti precedentemente sono di chi precedentemente ha posseduto in buona fede. Spiegata ch' è l' azione ipotecaria sul fondo, ella investe non solo gli *accessorii*, che vi trova in atto, come sarebbero i frutti tuttavia pendenti ed attaccati al fondo, ma anche il posteriore *successivo percepimento* di essi, e l' *amministrazione* stessa del fondo: e ciò, non perchè il percepimento che si fa poi d'anno in anno de' frutti, e l' amministrazione sieno *dritti reali*, ma perchè sono il primo *effetto*, le *prime conseguenze* dell' esercizio di un *dritto reale*. Or quando l' *azione* si arrestava a queste prime conseguenze, prendeva il nome di *utile-salviano*: quando andava fino all'ultime, cioè alla spropriazione e vendita del fondo, riteneva o ripigliava il nome d'*ipotecaria*. L' *utile-salviano* non era che la stessa *azione ipotecaria* messa in movimento con una parte sola della sua forza, per esser contenta a' primi suoi effetti.

10. Imperocchè l'*ipotecaria* è intesa ad esercitare il *dritto* di farsi rinfrancare del credito dal valore di tutto il fondo ipotecato, e ciò non solo da' frutti che si percepiscono dopo ch'ella si è spiegata, ma anche dalla vendita del fondo intero. Spiegata dunque l'*ipotecaria* in tutta la sua forza, ella investiva il pegno nella sua interezza, vi si profondava fino agli ultimi dritti del primo padrone, e tutto e irrevocabilmente gli toglieva il fondo di mano. Men viva poi coll'*utile-salviano*, non giungeva che al percepimento de' frutti; e

(1) Tot. tit. dig. XX, 1, *de pign. et hypothecis*. — Art. 2114 e segg. cod. civ. fr. — Art. 2000 e segg. ll. co.

lasciando la proprietà salva a chi di dritto, trasferiva il solo *quasi-possesso* temporalmente al creditore, il quale lo riteneva con l'obbligo del conto, amministrando la cosa in nome del padrone. L'*utile-salviano* dunque era una derivazione, una maniera, una modificazione dell'*ipotecaria*, piuttosto che un'azione sussistente da sè, e sfolgorante di luce sua propria.

11. Che se l'*utile-salviano* potesse mai considerarsi isolato e indipendente della *ipotecaria*, esso altro non sarebbe che un' *azion personale*: poichè *amministrazione*, *percezione di frutti*, e *quasi-possesso*, quando non sono attaccati al *ius in re*, non posson essere che *diritti personali*. Ma solo perchè si considera come *conseguenza* di un *dritto reale*, ad onta che fosse posto fra gl' *interdetti*, esce dalla lor natura (1); e ritenendo sempre il carattere della sua origine (2), diventa anch' esso *reale*; perseguita il possesso del pegno anche in mano a' terzi (3); nè abbisogna di stipulazione particolare: poichè o che l'*ipoteca* sia espressa, o che sia tacita, sempre, come un suo effetto, come una sua appendice, benchè non stipulato, la segue (4). Uno e solo era il *fine* del *quasi-salviano* e dell'*ipotecaria*; la soddisfazione del credito col mezzo del fondo (*sup.* § 7 ed 8). Uno

---

(1) *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* L. 1 § 3, D. XLIII, 1, *de interdictis.* E perciò vedremo appresso che molti negano all'*utile-salviano* il nome d' *interdetto.*

(2) L. 24, C. VIII, 14, *de pign. et hypothecis.*

(3) L. 1 § 1, D. XLIII, 30, *de salviano.* — Negusantius, *de pign. et hypoth.* II, 4, n. 132 et 133, et VIII, I, n. 4.

(4) Negusant. d. n. 132.

e solo n'era il *principio*; il *ius in re*, constituito col *titolo ipotecario* (1).

12. Convien dunque guardarci dal credere, che l'*ipoteca* antica, constituita sopra di un fondo, partorisse due distinti *diritti nella cosa*; l'uno per la *proprietà*, l'altro per il *possesso* e *godimento de' frutti*. Perchè il *possesso di un fondo* reggesse da se stesso come un *ius in re*, vi conveniva la *tradizione* in buona fede con animo di alienare, o altro tal modo onde si acquista il dominio (2); e questo *possesso* è sì lungi dal *pegno*, che Ulpiano non accorda al *creditore ipotecario* l'azione *in rem* per lo *possesso del fondo* (3), se non quando *res pignori sibi data, pro tradita est accepta* (4). Ed in questo caso tutto ciò che nella *revindicazione* sarebbe appartenuto all' attore, apparteneva ancora al vincitore del *possesso* (5); le accessioni cioè ed i frutti percepiti, non dal dì dell'azione, ma dal giorno in cui s'era acquistato il *dritto*.

13. Non così nell'*utile-salviano*. I *frutti* non si prendevano che dal dì dell'*azione*, e spesso della *sentenza*. Il vantare un *dritto reale* non portava già a *far dichiarare proprio il possesso*, e in conseguenza abusivo il percepimento de' frutti fatto fino allora dal detentore; ma a mettere momentaneamente sul fondo il creditore in luogo ed in nome del debitore. Non avrebbe potuto il debitore delegare i frutti in soddisfazione del debito, ed il creditore accettarli? Ed avendo costui il *dritto nella cosa intera* (*sup.* § 9), invece di ricevere quei frutti da lui, li prendeva egli

---

(1) De Marinis, *resolutionum*, I, 77, annot. Roderi.
(2) L. 1, § 1, D. VI. 2, *de publiciana in rem actione* — Pothier ad h. t. n. 12.
(3) Ch' era appunto l' *azione publiciana*.
(4) L. 9 § 1, D. *de publiciana in rem actione*.
(5) L. 7 § 8, eod.

stesso con la mano della giustizia per mezzo dell'*utile-salviano*. Ma ciò nasceva dallo stesso dritto ch' egli avrebbe avuto di distrarre il fondo tutto, e pagarsi dal prezzo. Chi può il più, può il meno (1). È *reale* dunque l' *utile-salviano*, perchè è *reale* l' *azione ipotecaria*: o per dir meglio l' *azione ipotecaria* è sempre *reale*, sia che si spinga fino agli ultimi suoi effetti, sia che si arresti alle prime sue conseguenze (*sup.* § 9 e 10). Innanzi ch' ella si spieghi, null'altro ha il creditore, fuor che un *dritto condizionato* sul fondo. Spiegata ch'ella è, nulla egli acquista di proprio nel fondo: il debitore continua ad esserne il padrone; ma il costui dritto alla proprietà ed a' frutti è sospeso dal dì dell' azione, fino a tanto ch' egli paghi, oppure soddisfaccia il creditore o con quei frutti stessi, o col prezzo di parte del fondo, o col prezzo del fondo intero, se occorra; nel qual ultimo caso il padrone, venditor necessario, perde interamente il suo fondo, come lo perde ogni altro venditor volontario.

14. Non perchè dunque l'*ipoteca* è *ius in re*, per questa ragione è *dominio*; nè perchè l' *ipotecaria* è azione *in rem*, ella è *revindicazione*. L' *ipotecaria* è un' azione *in rem sui generis*, la quale non dà, nè dava altro dritto al creditore che di far vendere il fondo per soddisfarsi dal prezzo: quindi propriamente parlando era *actio ad distractionem* (2). Arrestata poi all' *utile salviano*, si contentava del *quasi-possesso* e *godimento temporaneo* de' frutti, rimanendo sempre il *vero possesso*, non che il *domi-*

---

(1) *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.* L. 21, *de reg. iuris.*

(2) Merlinus, *de pignoribus et hypothecis*, lib. 5, tit. 2, quaest. 77, n. 11. — Che talvolta il fondo, o parte del fondo, si dia *in solutum* dietro un apprezzo, ciò non altera la natura della cosa: è sempre un modo di pagamento.

nio nel debitore (1): quindi *actio ad fruitionem* (2). Tanto però la *vendita*, quanto il *godimento temporaneo* del fondo, erano sempre determinati e circoscritti dal *fine* comune: *soddisfazione del credito*; nè mai l'uno, nè l'altro, poteva andar oltre della soddisfazione del credito.

15. Le quali cose tutte con la più felice chiarezza vennero dal Pothier epilogate in una sola proposizione: l'*ipotecaria* e l'*utile-salviano* non distano tra di loro, se non quanto *le fond*, *et la provision* (3). L'*ipotecaria* fino ai suoi ultimi effetti, dà luogo alla definizione terminativa ed irretrattabile del merito della controversia; arrestata nell'*utile salviano* non dà luogo che ad una *provvisionale*, la quale può pregiudicare il merito, ma non lo definisce. E questa conversion di termini ritrae la lor comune origine e natura; questa ne disegna il *principio* ed il *fine*; questa dà ragione della diversità de' loro effetti, e può servirci di misura della loro diversa forza ed estensione. — Il che fia più chiaro, guardando le *forme* varie sotto le quali il Foro ha fatto uso dell'*utile-salviano*. Egli è vero che tutto ciò si riduce a notare errori, e contraddizioni di massime, ed abusi di nomi. Ma questo stesso darà risalto a' buoni principii, e li scioglierà di ogni ombra, e gioverà a far conoscere e superare gli ostacoli per giungere al vero.

---

(1) *Licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.* L. 3 § 7, D. XLI, 2, *de adquir. vel amitt. possessione.*
(2) Merlinus, l. c.
(3) In pandectas, XLIII, 33.

CAP. III.

Seconda parte.

Come nel Foro si fosse fatto uso dell' utile-salviano.

16. Io non intendo qui di entrare fra le ricerche erudite dell'autore del *salviano*, o dell' *utile-salviano*. Forse Salvio Giuliano, famoso giureconsulto del secondo secolo della nostra era, lo sgombrò delle *sottigliezze formolarie*, e gli diè figura e nome d' *interdetto* (1). Forse fu un Salvio più antico (2). Sappiamo solo che i Romani amarono denominare le leggi e le azioni più dal loro inventore, che dal loro *principio* o dall'*oggetto*.—E l' *azione* stessa, che dal suo *principio motore* è ben chiamata *ipotecaria* (*sup.* § 9), ed *actio ad distractionem* dal suo *oggetto* (§ 14), non disser essi *utile-serviana*? E bene: qual Servio ne fu l'inventore? Fu forse Servio Sulpizio, l'amico di Cicerone? Vane ricerche! Il *dritto* da cui derivano e l'*utile-salviano*, e l'*utile-serviana*, era esercitato assai prima di Salvio Giuliano (3), assai prima di Servio e di Cicerone: esso è antico quanto la proprietà, quanto il bisogno di una sicurtà per l'adempimento delle obbligazioni.

17. Cicerone stesso (4) raccomanda a *Termo*, propretore d' Asia, un suo cliente, *Cluvio* di Pozzuoli. *Hilotas* (gli dice) *hypothecas Cluvio dedit*

---

(1) Opinione di Cujacio, Menagio ed altri.

(2) Bynkershoek, Observ. I, 24.

(3) Bynkershoek stesso nel luogo poc' anzi citato ne fa un' erudita dimostrazione.

(4) Epist. ad fam. XIII, 56.

Hae commissae sunt (1). *Velim cures, ut aut* DE HYPOTHECIS (2) DECEDAT, *easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat.* G. F. CRONOVIO ne insegna, che *de hypothecis decedere*, sia lo stesso che *rerum obligatarum potestatem creditori facere, ut* IIS DISTACTIS *recipiat debitum*. Ecco dunque l'*utile-serviana*, azione *ad distractionem* ond' esser soddisfatto dal prezzo (*sup.* § 14 e 16).—Oltre a ciò (soggiunge CICERONE) gli *Eracleoti* e i *Bargileti* si trovano con *Cluvio* nello stesso caso di *Ilota*, cioè con debiti ipotecarii maturati (3): *aut solvant, aut fructibus suis satisfaciant.* Ecco l'*utile-salviano*; azione *ad fruitionem*, ond' essere soddisfatto da' frutti (*sup.* § 14). Che vale che non vi leggiamo i nomi? Vi troviamo la cosa, e ciò basta.

18. Certo è che le cose non vengono apprezzate che per il loro godimento, e dal frutto che se ne trae. Può ben essere che alcuno sia contento al solo uso presente, benchè temporaneo, di un fondo (4); ma amare una proprietà, senza dritto nè speranza di goderne, è follia. Sia che un dritto si goda sul fondo altrui, e si accordi per altrui sicurezza (5), sia che il pa-

---

(1) Cioè a dire, che per l' inadempimento del debitore si è verificata la condizione di potersi quei fondi distrarre. onde soddisfare il creditore dal prezzo. Così *lex commissoria* era quella, per la quale nella compra-vendita l' inadempimento della soddisfazione del prezzo fa verificare la condizione onde il fondo ritorni in mano del venditore.

(2) *Hypotheca* è qui *fondo ipotecato*.

(3) *Qui item debent*, sono le parole dell' epistola.

(4) *Ut fructus quoque pignori essent*, l. 1 § 1, D. XX, 1, *de pign. et hypothecis.*

(5) *Superficies in alieno posita*, l. 15, D. XX, 4, *qui potiores in pignore*: *usufructus*, l. 11 § 2, D. *de pign. et hypoth.*; *jura praediorum rusticorum*, d. l. 11 et l. 12 eod.; *pegno sul pegno*, l. 1, C. VIII, 24, *si pignus pignori datum sit.*

drone dia un fondo proprio e di suo pieno dominio, sempre l'uso e il godimento principalmente se ne mira. I Romani, i quali non furono mai teneri co' loro debitori, non aspettaron certo Salvio Giuliano, che col suo *editto perpetuo* (1) lor venisse a rilevar questo dritto. La legislazione non poteva variare che nella forma di permetterne e garentirne l'esercizio.

19. In tre grandi epoche possiamo distinguere con Vico il corso delle civili instituzioni. Nella prima, presso uomini grossolani ed incapaci di astrazione, era confuso in una sola idea di *fatto* ciò che poi fu distinto in *dominio*, e *possesso*. Tutte allora le obbligazioni si assicurarono con la *mano vera*, che poi si ammise anche *finta*, e questa accertata nell'atto del negozio con le stipulazioni solenni. Allora la *compra* e *vendita* fu permutazione di cosa a cosa; le locazioni furono *censi o enfiteusi*; e consegnare *realmente* e *fisicamente* una cosa per sicurtà di un debito, fu *pegno*. — *Pignus a pugno; quia res quae pignori dantur, manu traduntur* (2).

20. Nel tempo di questa giurisprudenza entrava il creditore nel *possesso reale* della cosa obbligata, ed egli stesso l'amministrava e ne percepiva i frutti. Ciò, come ognun vede, non abbisognava di molte forme. Un documento ne rimane anch'oggi nel *pegno* propriamente detto (3), e nell'*anticresi* (4).

---

(1) L'anno XV dell'impero di Adriano; il CXXXII dell'era volgare, l'DCCCLXXXV dalla fondazione di Roma.

(2) L. 238 § 2, D. L. 16, *de verb. significatione.*

(3) *Pignus est contractus quo quid creditori obligatur, translata possessione, ut in ea causa sit quod debitum exsolvatur.* Cui. in cod. IV, 24, edit. neap. tom. IX, columna 295. — Art. 1941 e 1943 ll. cc.

(4) *Mutuus pignoris usus pro credito.* L. 11 § 1, D. XX, 1, *de pign. et hypoth.* — Art. 1942 ll. cc.

21. Ma quando il *frutto* cominciò a distinguersi dalla *proprietà*, ed il *dominio* ad astrarsi dal *possesso*, in questa *seconda epoca* dovettero gli uomini cominciare a permettere che rimanesse nelle mani del loro debitore la cosa ad essi obbligata (1). Ma siccome non ancora si concepivan dritti senza alcun *segno fisico* che li mostrasse, così una colonna, una inscrizione, un segno inciso indicava al pubblico che la tal casa, che il tal fondo era in pegno di altri (2). E facili dovettero essere anche allora i giudizii ipotecarii: poichè il segno pubblico e permanente dell'altrui dritto sul fondo rendeva ogni altro accorto a non accettar ciecamente le obbligazioni di chi ne teneva altre; e ciò evitava il concorso.

22. In questo stato il *pegno* dell'immobile non fu che un dritto sul *fondo*; ma il sottoponimento a questo dritto riteneva ancora alcun che di materiale e di fisico. È perciò *pignus* divenne sinonimo di *suppositio*, *sottoponimento*; e tanto fu il dire *cosa pignorata*, quanto *res supposita* (3); e rapportando l'antica a questa nuova maniera di *pegno*, anche questa si credette, se non una *tradizione vera* ed

---

(1) Abbiamo poco sopra definito con Cuiacio il *pegno* propriamente detto. Nell'istesso luogo egli definisce l'*ipoteca* propriamente detta: *hypotheca est etiam pignus, sed eius possessio non transit in creditorem.*

(2) Cuiacio (*Observ.* XVI, 12) rileva come ciò era usato dai Greci, e cita Demostene e Menandro. — Venuleio (*l.* 22, D. XLIII, 24, *quod vi aut clam*) parla di quest'uso tra i Romani; e Gotofredo comentandolo dice: *solebat, tabula aedibus adfixa, indicari aedium hypotheca.*

(3) L. 7, Cod. IV, 24, *de pignorat. actione.* L. 7 et 8, § 1, Cod. VII, 39, *de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.* — *Quasi dicas res subiecta obligationi et obstricta.* Hotom. in comm. *verborum juris*, verbo *hypotheca.*

un *vero possesso*, almeno una *tradizione ideale* ed un *possesso simbolico*.

23. Ma il *possesso* stesso e il *dominio* cominciarono ad aver molti gradi. Altro fu il *possesso*, altro il *quasi-possesso*; altro il *possedere*, altro l'*essere nel godimento* (1). Ed i *diritti nella cosa* non furon tutti di *dominio*: si distinsero *dritti di proprietà*, *dritti di possesso*, *dritti di servitù*, *dritti ipotecarii*, *dritti ereditarii* (2). Quante colonne, quante tabelle, e di quante specie, si avrebbero dovuto allora soprapporre ai fondi? E così un tale soprapponimento, fu prima abolito per le *ipoteche convenzionali* e riserbato al solo giudizio de' magistrati (3): quindi fa abolito del tutto (4). Nell' *animo* a nel *dritto* stette il *possesso* (5); nell' *animo* e nel *dritto* l' *ipoteca* (6). Nè solo allora le cose corporee presenti divenner capaci d' ipoteca, ma tutto ciò

---

(1) *Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse*, l. 10, § 1, D. XLI, 2, *de adq. vel amittenda possessione*.— Quindi la differenza tra *habere*, *tenere*, *possidere*.

(2) Cinque specie di *ius in re* annovera Voet *ad pandectas*, lib. 2, tit. 2, n. 2, *de inofficioso testamento*.

(3) *Saepe rescriptum est, ante sententiam signo rebus quas aliquis tenebat, imprimi non oportere*. Vi occorreva dunque la sentenza del magistrato per potere in tal modo dimostrare al pubblico siffatto sottoponimento: la convenzione sola non pare che bastasse. V. il tit. del codice, *ut nemini liceat sine iudicis auctoritate signa rebus imponere alienis*.— In Francia il pegnoramento de' frutti ancora attaccati al suolo, si eseguiva con mettere sul fondo un palo con un fascetto di steli, detto *brandon*; quindi si disse *saisie-brandon*.

(4) Nov. 11, cap. 15. — Nov. 60, cap. 1.

(5) *Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*. L. 1 § 21, D. XLI, 2, *de adquirenda vel amittenda possessione*.

(6) *Hypotheca est pignus, sed ejus possessio non tran-*

ch' era suscettivo di compra e vendita (1). Tali erano le *cose incorporali* (2), le future (3), e finanche i nomi de' debitori (4). Qual tabella e qual segno poteva a queste cose con tante distinzioni soprapporsi? Così in vece della voce *sottoponimento*, si amò usare l' altra più astratta *oppositio*, *contrapponimento;* quasi che la cosa si *contrapponesse* al credito (5), ed un dritto ad un dritto.

24. E queste istesse parole *pignus*, *suppositio*, *oppositio*, acquistarono presso il volgo un senso più astratto ed arcano, quando vennero tradotte nel greco, *hypotheca* (6): voce che poi prevalse nelle leggi; tal che *pegno* e *ipoteca* rappresentarono la medesima idea, e non furon diversi che di suono (7). In questo stato divenne assai difficile il fissare l' andamento e le forme dell' esercizio dei dritti ipotecarii: poichè mancati i *segni fisici* di queste obbligazioni, nè essendovi i pubblici registri, era facile che più di un *ius in re* della stessa o di diversa specie, esercitato da molti, si cumulasse in un fondo stes-

---

sit in creditorem. Cuiac. in cod. IV, 24, edit. neap. tom. IX, col. 295. — V. sup. § 21.

(1) L. 9, § 1, D. XX, 1, *de pign. et hypothecis.*

(2) L. 11 et 12 § 2, eod.

(3) L. 15 eod.

(4) L. 18, D. XIII, 7, *de pignor. actione.* — L. 4, C. VIII, 17, *quae res pignori datae obligari non possunt.*

(5) *Oppositus est pignori ob decem minas.* Ter. in Phormione, IV, 3, 56. — Catullo scherza sul doppio senso della voce *oppositus: villa opposta ad un vento*, e *villa contrapposta ad un credito.* Quindi chiama il credito cui la sua villa era contrapposta, *ventum horribilem atque pestilentem.* Carm. 26. — V. Seneca, de beneficiis, 7, 14.

(6) Le due voci greche delle quali questa parola è formata, non indicano che *sottoponimento.*

(7) *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* L. 5 § 1, XX, 1, *de pign. et hypothecis.*

so (1): e nel concorso si rendette incertissimo il dritto di ciascuno. Ma che? Per riparare a questo male si andò spesso incontro a mali peggiori (2).

25. Perciocchè all' udirsi quelle prime distinzioni del *possesso*, e del *dominio*, vennero tosto distinti i *giudizii possessorii* da' *petitorii*. E la *metafisica*, che pur troppo è stata sempre regina del Foro, volle trovare e distinguere in ogni dritto, e nell' ipoteca stessa, il *possesso* ed il *dominio*, ed anche nel giudizio ipotecario il *possessorio* ed il *petitorio*.

26. Quando dunque si constituiva un' *ipoteca* su di un fondo, parve che il *dominio* vennero tosto ne rimanesse menomato, e che in parte passasse nel creditore; come se il debitore non ne ritenesse il *possesso* che *condizionatamente* e per volontà del creditore. Per lo che se il creditore esercitava il suo dritto, contentandosi del godimento de' frutti, cominciò a dirsi ch' esercitava un' *azion possessoria*: se poi andava a spogliare il debitore della proprietà intera, o di quella parte che corrispondeva all' *ipoteca*, sembrò ch' esercitasse un' *azione petitoria*.

27. Or i primi forse i quali dovettero muovere cavillazioni infinite per sottrarre al dritto dei creditori le cose obbligate, dovettero essere i coloni

---

(1) Pomponio ed Ulpiano arrecan l' esempio di quattro diversi *ius in re* di quattro persone concorrenti sull' istessa cosa. L. 3 § 12, D. X, 4, *ad exhibendum*. E quanti esempi, e di quanta complicazione, ne offrono pure ogni giorno i nostri giudizii ipotecarii? Ciò fa che di sua natura sia oltre modo difficile lo statuire una legislazione intorno alle ipoteche.

(2) Questi mali sono esposti con la più viva energia nell' esordio della nostra pramm. del 30 luglio 1786, con la quale venne instituito in Napoli il *regio generale archivio*: primo embrione de' nostri odierni ufizii della conservazione de' privilegi e delle ipoteche.

de' fondi rustici (1). Certamente contra costoro troviamo nel corpo delle leggi la prima forma de' provvedimenti a questo proposito. I coloni sogliono obbligare al padrone per sicurezza della mercede le cose da essi trasportate ed introdotte ne' fondi (*invecta et illata*). Se mancavano al pagamento, ed il padrone avesse creduto bastante l'assicurarsi delle cose obbligate con mettersele in mano, e prenderne il solo godimento, il pretore per garentirlo da' rigiri *formolarii*, gli accordava in un *giudizio possessorio* l'*interdetto - salviano* : se poi il padrone medesimo volesse spiegare il suo dritto fino a distrarre quelle cose, non si credette a ciò sufficiente la giurisdizione pretoria, ed in un *giudizio plenario* si diede forma all'*azione serviana* (2). Perchè tali nomi? *Adhuc subiudice lis est* (§ 16). Servendo poi alle sopra esposte classificazioni e sottigliezze, il *salviano* fu chiamato *interdetto possessorio*, ed *azione petitoria* la *serviana*. Ma nè possesso vero era quello, nè questo vero dominio; e delle due azioni creder l'una *possessoria*, e l'altra *petitoria*, nel senso proprio della definizione antica e nuova di queste voci (3), sarebbe stato un errore.

28. L'analogia introdusse in seguito le forme originarie di tali azioni, prima contra i conduttori de' predii urbani sopra i mobili in questi predii esistenti; appresso contra gl'istessi conduttori de' predii rustici per ogni altra cosa, ancorchè non compresa fra le *invectae et illatae* (§ 27); quindi contra ogni debitore per qualsivoglia altro titolo; in ultimo in ognuno

(1) *Scarpe grosse, cervello sottile*, è il nostro proverbio.

(2) Negusantius, de pign. et hypoth. VIII, I, 2.

(3) L'una propriamente è *actio ad fruitionem*, l'altra *ad distractionem*. V. *sup.* § 14 e 17.

di questi casi anche contra i terzi possessori. Sì fatta progressione di giurisprudenza fu ben avvertita da Negusanzio, giureconsulto italiano, degno cui l' illustre Grenier chiami principe della giurisprudenza ipotecaria, e che da lui, come da puro fonte, ne attinga i principii.

29. Tanta estensione però non era nelle parole della prima formola dell'*azione serviana*, nè di quella dell'*interdetto salviano*, ma nasceva dall'*equità*, dalla *mente della legge*, e dalla *interpetrazione*; e perciò in tutti questi casi l'*interdetto salviano*, si chiamò *utile-salviano* o *quasi-salviano*, e l'*azione serviana* si disse *utile-serviana* o *quasi-serviana* (1). Tanto in quegli antichi era l'amore di riportar tutto agli antichi nomi, di trarre gli antichi usi a' nuovi bisogni, e di classificare ogni cosa sotto gli antichi principii!

30. Ma se impropria era la voce d'*interdetto possessorio* nel *salviano* (*sup.* § 28), improprissima divenne nel *quasi-salviano*. Gl'*interdetti* non sono che *personali* e di *fatto* (*sup.* § 11). All'incontro l'estensione che ricevette il *salviano* quando divenne *utile*, o *quasi*, era tutto di *dritto*; nè solamente ei fece maggiore il *dritto* de'creditori, ma lo spinse anche contra gli *estranei* (2).

31. La improprietà de' nomi è il fonte il più comune degli errori sulle cose (3). Tosto che il *qua-*

(1) Il principio delle *azioni utili* derivava *ex aequo bono*, al dir di Cuiacio, Digest. Salvii Iuliani, ad l. 1, *de salviano interdicto*;— ed *ex mente legis*, come si esprime Negusanzio, VIII, I, 4.

(2) Cuiacius in lib. 49 digest. Salvii Iuliani, l. 1, D. *de salviano interdicto*, edit. neap. tom. VI, col. 338.

(3) Progredisce la civiltà, ma tuttora rimangono gli antichi vocaboli; « ed usando soltanto di quei vocaboli e di quel» le frasi che adoprarono prima gli scrittori di quel genere

*

si-salviano fu detto essere un *interdetto possessorio*, cominciò a dimandarsi a qual classe d'*interdetti possessorii* dovesse appartenere. Ma la *metafisica* (§ 25) non poteva dar altro al creditore, che un *possesso ideale*: il *possesso reale* ed *effettivo* era presso il debitore (1). Alcuni dunque amaron meglio chiamarlo *interdictum adipiscendae*. Fra costoro è Rovito (2). Ma gl'interdetti *adipiscendae* erano modi piuttosto di acquistare, che di conservare; e perciò i migliori giureconsulti il tolsero dalla classe delle *azioni possessorie* (3). Così anche il *quasi-salviano* perdè presso molti il carattere d'*interdetto*, e salì a figurare fra le *azioni* propriamente dette (4).

32. Questo però fu quasi un sacrilegio per gli adoratori dell'antica nomenclatura; i quali presi dalla distinzione tra *possesso naturale*, e *civile*, videro que-

---

» particolare e determinato che s'imprende a trattare, si ac-
» comodano le immagini e i concetti nuovi come si può me-
» glio alle parole e alle frasi. Così il ch. Giov. Rosini nel suo nobilissimo discorso, *Della necessità di scrivere nella propria lingua*. Per tal modo coll'antica frase si mesce alla nuova l'antica idea, e la corrompe, e ne nasce, particolarmente nelle cose di dritto, quel sì spesso

Confonder le due leggi a se mal note.

(1) Ripetiamo la definizione della ipoteca che ne dà Cuiacio: *Hypotheca est etiam pignus, sed eius possessio non transit in creditorem.* V. sup. § 21. — Giuliano nella l. 19, D. XLIII, 26, *de precario*, ci avverte che sull'istesso fondo *neque iustae, neque iniustae possessiones duae concurrere possunt.* Vi possono bensì concorrere molti dritti *in re*. L. 3, § 12, *ad exhibendum*.—V. *sup.* § 23 e segg.

(2) Rovitus, ad pragm. I, *de assistentia.*

(3) *Adipiscendae possessionis interdicta non sunt in usu, sed retinendae tantum et recuperandae: quod optime notavit Imbertus.* Cuiacius, ad titulum codicis, *unde vi.*—V. Henrion de Pansey, compet. des jug. de paix, ch. 32.

(4) Tale anche è l'opinione del Fodera', pag. 30.—V. *sup.* § 3.

st' ultimo nel creditore; e parve ad essi che costui non cercasse altro col *quasi-salviano* che di unire al suo *possesso civile* il *naturale*. Per tal ragione distinsero due casi; o ch' egli agisse direttamente contra il debitore; o che agisse contra un terzo possessore. Nel primo caso lo stato rispettivo del *possesso naturale* e *civile* nell' atto dell' azione era ancora lo stesso di quello ch'era nel tempo del contratto, il quale secondo essi, avea già trasferito il possesso; e perciò ostinati alla voce *interdetto*, lo dissero *retinendae possessionis*: lo dissero poi *recuperandae*, quando avendo il debitore perduto il *possesso naturale*, era in certo modo anche alterato il *possesso civile* del creditore (1). Sottigliezze perdonabili, se non fossero state spesso perniciose alla verità ed alla giustizia.

33. Chi di fatti non vede che forzate troppo e troppo bisognevoli di astrazioni sono queste distinzioni? Il principio vero delle *azioni possessorie* non è il *ius in re*; è il *fatto* della *detenzione* o *godimento pacifico* di una cosa o di un dritto per un certo tempo, *non vi*, *non clam*, *non precario*, ed indipendentemente dal *titolo* (2). Il *creditore ipotecario* all' incontro non può vantare alcun *fatto* di *detenzione attuale* e di *godimento*, o dolersi d' esserne stato spogliato: nè il *quasi-salviano* può mai intentarsi se non col *titolo* constitutivo dell' *ipoteca* (*supra* § 9). Forse ciò con minore inesattezza potea dirsi *petitorio*, benchè a *metà*, benchè a forze trattenute e smor-

(1) Maranta, de remediis possessionis, n. 85.

(2) Inst. IV, 15. — *Il possesso è la detenzione o il godimento di una cosa o di un dritto che abbiamo o esercitiamo per noi stessi, o per mezzo di un altro che lo tiene e l' esercita in nome nostro.* Art. 2114 ll. co.

zate (*supra* § 9 *in fin.* e 10); non mai però *possessorio*.

34. Ma anche la denominazione di *petitorio* sarebbe qui introdotta dal desiderio di ridurre tutto a generi ed a classi. Ella è inesatta non solamente per il *quasi-salviano*, ma anche per l'istessa *azione ipotecaria*.

35. Imperocchè *petitoria actio* (1), *petitorium iudicium* (2), non è propriamente parlando che *rei vindicatio* (3) : azione che segue il *dominio*, non l'*ipoteca*. L'*ipotecaria* è azione, non a chiedere la cosa ed impadronirsene, ma a distrarla per essere soddisfatti dal prezzo : *actio ad distractionem* (*sup.* 13 e 16). E perciò Negusanzio non disse già: *l'ipotecaria è azione petitoria*, ma *sapit petitorium* (4); mentre Merlino stesso, spiegando che il *quasi-salviano* non faceva altro che avocare il possesso nella causa del pegno (5), lo definì più azione *ad fruitionem*, che *azion possessoria* (6): *non le fond, mais la provision*, disse Pothier (*sup.* § 15). L'azione stessa dunque, che arrestandosi al godimento de' frutti, procedeva con essi lentamente e d'anno in anno alla soddisfazione del debito, e che spingendosi fino alla vendita, produceva in un colpo lo stesso effetto col prezzo, poteva nel primo caso aver qualche rassomiglianza co' *giudizii possessorii*, e nel secondo co' *petitorii*; ma non fu mai *vero possessorio*, nè *vero*

---

(1) Inst. IV, 15, § 4, *de interdictis*
(2) L. 36 in pr. D. VI, 1, *de rei vindicatione*.
(3) Goth. ad hanc legem. — Merlin, Repert. alla parola *petitoire*.
(4) De pignoribus et hypoth. part. 8, membro 1, n. 2.
(5) *Ex eo autem avocatur possessio in causam pignoris.* De pign. et hypoth. lib. 5, tit. 2, quaest. 77, n. 5.
(6) Loc. cit. n. 11.

petitorio: era, come sopra dicevamo (*sup.* § 14), un giudizio *sui generis*, il cui *principio* stava nel *ius in re*; non quale però è il *ius del dominio*, non quale è quello del *possesso*, non quale è quello delle *servitù*; ma quale è quello che è; cioè a dire *ius* per la sicurezza dell'adempimento d'una obbligazione. L'*oggetto* poi n'era appunto questo adempimento, da eseguirsi forzatamente e col mezzo della giustizia, o coi *frutti* nel primo caso, o col *prezzo* della cosa obbligata nel secondo. Riportiamo la cosa a' principii, e tutte le difficoltà svaniranno insieme con la vanità di quelle classificazioni.

36. Ed ecco perchè il *quasi-salviano* a differenza delle vere *azioni possessorie* (1), anche agli occhi di chi qual azion possessoria lo vagheggiava, non solamente non abborriva di andare unito nel medesimo giudizio con l'*ipotecaria* (2), ma o doveva instituirsi insieme con essa, o doveva essere su di essa fondato (3). Il giudice non ne era quello delle azioni possessorie, ma *l'ordinario*, il quale poteva con l'istessa sentenza accordare la *distrazione del fondo*, e pendente questa, la *possession provvisionale* di esso (4). Ma si avverta, che una tal *possessione* si accordava come conseguenza di un *dritto*, e non mai come continuazione di un *fatto*.

37. Se però ne' rapporti mutui di *creditore* e *debitore*, e di *credito ipotecario* e *fondo ipotecato*

---

(1) *Nihil commune habet proprietas cum possessione.* L. 12 § 1, D. *de adquir. vel amitt. possess.* — *Il possessorio ed il petitorio non potranno essere mai cumulati insieme.* Art. 25 cod. di pr. civ. fr.—Art. 129 ll. di pr. civ. nap.

(2) Negusantius, de pignoribus, VIII, 3, n. 25. — Fodera', pag. 52—V. *sup.* § 12 e segg.

(3) Merlinus, de pignoribus et hyp. lib. 5, tit. 2, quaest. 77, n. 32 et 34.

(4) Idem, loc. cit.

lo stato della quistione nel *quasi-salviano* era tutto di *dritto*, lo stato del debitore relativamente al fondo medesimo era sempre di *fatto*. Ed in ciò si facea consistere una delle principali differenze tra il *quasi-salviano* e l'*ipotecaria*. Il creditore, attore nell'*ipotecaria*, mirando a distrarre il fondo per soddisfarsi del prezzo, assumeva tutto il carico della legittimità del titolo del dominio del debitore: nel *quasi-salviano* non dovea dimostrar altro se non che le cosa era fra i di costui beni, *erat in bonis* (1), allor che costui contrasse l'obbligazione (2); o anche dopo, se l'obbligazione fosse stata generale sopra i beni presenti e futuri (3).

38. Ma questa differenza non altera affatto il *principio unico* di questi due modi (*sup.* § 11), nè di *una sola azione* ne fa *due* (§ 10): nasce solo dalla diversità del punto a cui l'*azione* si arresta, anzi dalla diversità delle circostanze in cui questo punto si trova: tal che se un creditore avesse stimato meglio di andar fino all'ultimo con la pura *azione ipotecaria*, e niuno avesse contrastato a lui nè al debitore la *proprietà*, *della cosa*, chi lo avrebbe obbligato ad andar ricercando la *ragione* ed il *titolo* del *dominio*? Questa ricerca dunque non era essenziale alla *ipotecaria*, più che al *quasi-salviano*. L'una e l'altro potevano sussistere senza di essa. Se non che ella era incompatibile col *quasi-salviano*, o per dir meglio, era interdetta fin che l'*azione* si tratteneva al *godimento* ed a' *frutti*: ma se veniva il caso che una tal ricerca della *ragion del dominio* si dovesse spingere innanzi, come p. e. quando sor-

---

(1) *In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur.* L. 49, D. *de verb. sign.*

(2) Negusantius, de pignoribus, VIII, 3, n. 25.

(3) Idem, VIII, 1, n. 8.

geva un' azione revindicatoria per trarre di mano al *salvianista* il quasi-possesso, allora era necessario che si uscisse dal *quasi-salviano*, e che l' *ipotecaria* si spiegasse intera, e fino all' ultime sue conseguenze.

39. Relativamente dunque alla qualità de' beni, il vantaggio del *quasi-salviano*, non era maggiore di quello della *ipotecaria*. Di fatti l'azione petitoria poteva muoversi in quattro casi diversi; o quando il fondo era in potere del debitore, o quando era in poter dell'erede, o quando era in potere di altri immediati aventi-causa, o quando era passato in poter di alcuno in tanta *buona fede*, che, tranne qualche difetto ignoto di origine, il suo *possesso* equivalesse al *titolo*. — Di questo quarto caso ragioneremo più innanzi (*infra* § 42). — Certamente nel primo, il creditore non poteva rimanere imbarazzato da quistioni di proprietà, nè nel *quasi-salviano*, nè nella *ipotecaria*: *debitor non potest dominii quaestionem referre* (1). Nel secondo e terzo era lo stesso: perciocchè gl' immediati aventi-causa dal debitore debbono stare al suo fatto, e rispondere del suo dolo (2). Fin tanto che dunque il fondo conservava chiara l' impronta di essere stato *in bonis* del debitore allora quando si constituì l' *ipoteca*, l'*azione* ben si arrestava al *quasi-salviano*, ma non le venia disdetto di correre innanzi col suo carattere originario d' *ipotecaria*.

---

(1) Gothofredus ad l. 21 § 1, D. *de pign. et hypoth.* — I nostri dottori credettero dar più forza a questa massima esprimendola: *debitor ipse non potest dominii quaestionem refricare ipsi debitori*. Così Rovito al nostro proposito nel sopra lodato comentario alla pramm. I, *de assistentia*, n. 25.

(2) Rovitus, ibidem, n. 27. — Aloi e Maffei riducono a questo sol punto il vantaggio del *quasi-salviano*, senza però interdire che si potesse in questa medesima circostanza agire anche con l' *ipotecaria*. Domat, lib. 4, tit. 7, sez. 2, n. 15; ediz. nap. del 1798 in 4, vol. 3, pag. 174.

40. Che se del fondo, in cui era stata costituita l'*ipoteca*, la proprietà non era del debitore, sappiamo che comunemente si sosteneva, doversi allora agire col solo *quasi-salviano*: ma nemmeno ciò porta a conseguenza. Questo p. e. diceasi per coloro che ipotecato aveano la *superficie*, che ipotecato avevano i frutti, che ipotecato aveano i feudi (1), e diceasi nella redintegrazione de' fedecommessi su i frutti dovuti al gravato (2). Ma abbiamo sopra osservato (*sup.* § 23) che sulla *superficie*, e sopra i *frutti*, e sopra le cose tutte anche mobili e future, purchè suscettive di compra e vendita, le leggi antiche permettevano l'*ipoteca*. L'azione dunque sopra tutto ciò era una vera *ipotecaria*, la di cui forza però non vi poteva andar oltre il limite ordinario del *quasi-salviano*. Che se in alcuna di queste cose era vacillante il *dritto vero ipotecario*, vacillante vi era anche il *quasi-salviano*. La regola non poteva esser che una. Ove si aveva il *ius in re* nel tutto, si aveva anche nella parte (*sup.* § 8); e chi lo esercitava nella parte, il faceva solo perchè avea dritto di esercitarlo nel tutto.

41. Il rito dunque rendeva arbitro il creditore d'imprimere alla sua azione o tutta la forza di cui questa era capace, o quella del solo *quasi-salviano* fino a tanto che non trovava ostacoli (§ 38). Del che due si credevano i vantaggi principali; l'uno rapporto al debitore, l'altro in rapporto al creditore (*sup.* § 37). Il primo era di non intrattenersi a guardare il *titolo* del debitore sul fondo, ma il solo di costui *possesso*; il secondo era che l'efficacia del *titolo* del creditore si mostrava solamente in quanto bastava al debi-

---

(1) Ognun sa, che la sola *tenuta* di feudi era *burgensatica*. De Marinis, allegat. 115, n. 10, 11 e 12.

(2) Card. de Luca, de cred. et deb. VIII, 36 et 157.

tore, ma non si spingeva fino all' ultime conseguenze. Quando dunque il *possesso* del debitore era dubbio, o il *titolo* del creditore era contrastato, allora doveva indubitatamente spiegarsi l' *ipotecaria* in tutta la sua forza, e nella sembianza sua propria.

42. Solevansi del primo caso presentar molti esempi. Poteva p. e. avvenire che l' estraneo in di cui mano si trovava il fondo, lo avesse ricevuto in buona fede da altro estraneo, e costui forse da altri, sì che il dritto dell' ultimo possessore potesse fargli spiegare la *publiciana in rem* (*sup.* § 12), e bilanciare il dritto del creditore (1). Similmente, se il fondo obbligato fosse stato comune a più persone, il creditore di una di queste persone non poteva far uso mai di tal preteso *interdetto*: perciocchè avrebbe trovato sul fondo, non già il suo debitore, ma gli altri non debitori, i quali erano in un possesso precedente al suo dritto, e costoro lo avrebber respinto (2). Allora dunque non gli rimaneva che disputare del titolo del suo debitore (3).

43. Per quello poi che riguarda i creditori, potea stare che a due o più fosse stato l' istesso fondo obbligato. Ciascun d' essi poteva agire con l' *utile-salviano* contro il debitore; ma essi tra loro dovevano disputare della poziorità e valore del titolo rispettivo (4). Tal che se il fondo fosse stato obbligato per

---

(1) Rovitus, ad prag. I, *de assist.* n. 28, 29 e 30.— Pothier ad pandectas, XLIII., 33.—V. *sup.* § 39, al *quarto caso* quivi enunciato.

(2) L. 1 D. XLIII, 32, *de salviano interdicto.* — *In dubio melior causa possidentis*, L. 128 *de reg. iuris.*

(3) *C' est à dire du fond*, così spiega Pothier, loc. cit. — V. Cuiac. Observ. V, 24. — V. *sup.* § 15.

(4) D. l. 1 *de salviano*, e quivi Pothier. — Cuiacius, Digest. Salvii Juliani, ad l. 1 *de salviano*, edit. neap. VI, 338.

parti, ciascuno potea pacificamente andare al *quasi-possesso* della parte sua; ma obbligato in solido, ed ottenuto il *quasi-salviano* da un solo, non poteva l'altro creditore usare il *quasi-salviano* con lui. Tanto è vero che questo non era *ius in possessione*, ch' egli doveva disputare *de ipso iure pignoris* (1). E così spesso avveniva che il vincitore nel giudizio *quasi-salviano*, fosse obbligato poi al giudizio *quasi-serviano* non una, ma tante volte, quanti terzi, o altri creditori si sarebbero presentati con altri *dritti reali*, sia di *proprietà*, sia di *possesso*, sia di *servitù* o di altre *ipoteche* sul fondo stesso, e che finalmente dopo molto dispendio e travaglio fosse in rischio a fronte di costoro anche di perdere (2).

44. Ciò rendeva lunghissimo ed inviluppato nelle sue conseguenze il *quasi-salviano*, che appunto per la sua apparente semplicità si era immaginato e s'instituiva in preferenza. La qual considerazione rinforzò il sistema di bene instituir l'azione, e per far valere in ogni caso il dritto *ad fruitionem*, spiegar sempre l'azione *ad distractionem* (3), affinchè alla più lieve opposizione, o di pari dritto del creditore nella cosa, o di dubbiezza del possesso di altro debitore, *si in una non poterat ferri sententia, posset in alia* (4).

45. Confusi però i *principii*, e volendosi ostinatamente considerare l'*ipotecaria* come diversa e distinta dall'*u-*

---

(1) L. 10, D. *de pignoribus et hypothecis*. — Cuiacius, loc. cit., et observ. V, 24, edit. neap. III, 129.

(2) *Sic fit ut qui vincit in salviano, non vincat in serviana*. Cuiac. in due luoghi; *Observ.* loc. cit., edit. neap. tom. III, col. 129, e ne' *Digesti* di Giuliano, tom. VI. col. 338. — Merlinus, de pign. et hypoth. V, 2, 77, n. 3.

(3) Merlinus, V, 2, 77, n. 14. — V. Negusanzio, VIII, 3, n. 25 et 26. — V. *sup.* § 36.

(4) Merlinus, ibid. n. 34.

tile-salviano, si ondeggiò sempre fra le difficoltà che nascevano da questa vana distinzione, non meno che fra le altre di *petitorio* e *possessorio*, le quali poi si trovarono indocili all' applicazione ordinaria de' principii. In tal modo imbarazzata la *giurisprudenza*, cercò ripararvi con garentire il *quasi-salviano* di quante cautele convenzionali ad esso affini permetteva la legge.

46. La prima di queste cautele era il *precario*. Esso, siccome ognun sa, era un patto per lo quale il debitore riteneva il *possesso naturale* della cosa, non più come un suo dritto, ma come un beneficio *precibus suis* concedutogli dal creditore. Il debitore così riconosceva di rimaner sul fondo per altri: il *possesso legale* era nelle mani del creditore: costui a sua volontà, nel tempo determinato dal contratto, poteva sempre a sè richiamare il *possesso naturale* (1). L' affinità del *precario* col *salviano* sembrò ancora più chiara perchè nel codice giustinianeo non vengono entrambi ad occupare che la sede medesima (2).

47. Affine ugualmente gli era il rimedio della legge finale C. *de adquirenda vel retinenda possessione*. Quivi è detto che *qui non sibi, sed alteri possidet*, se mai per desidia o per dolo faccia passare in altri il possesso della cosa, niun pregiudizio possa cagionare al diritto di colui per lo quale ei possiede. E ciò, perchè *pignus a pugno*, suppone sempre una certa specie di *tradizione*, almeno *finta*, *ideale*, e solamente *legale* (*sup.* § 19 e 22).

---

(1) Di queste contraddizioni fa le più alte meraviglie il nostro Rovito al luogo più volte citato.

(2) *De precario et salviano interdicto*, è il tit. IX del lib. VIII del codice giustinianeo.

48. Compimento poi delle cautele della vecchia nostra giurisprudenza era il patto espresso *de capiendo* (1), per lo quale il creditore era autorizzato di prendere da sè stesso la cosa pegnorata. Era noto però che questo era del pari un dritto più *ideale*, che *effettivo*; poichè era l'espressione della celerità con la quale doveva alla voce del creditore accorrere il giudice, e non fu mai la facoltà di un atto di autorità privata e di violenza (2). Così quando si patteggiavano tutte queste cautele, l'*ipotecaria* non serviva che di principio di moto all'*utile-salviano*, il quale per avere i vantaggi di un *giudizio possessorio* si medesimava col *precario*: dall'altro lato per non perdere i vantaggi del *petitorio* e raggiungere i terzi possessori, accattava forza dalla legge finale, cod. *de adquir. vel retinenda possessione*; e nutrito così e cresciuto di principii contrarii, piombava sulla cosa col patto espresso *de capiendo*. Chi non vede da ciò a che può giungere la metafisica forense (§ 25)? Chi non rimane convinto che abbandonati i principii i quali menano per via diretta al conseguimento di un dritto, conviene poi per raggiungerlo andar molto errando, e spesso per vie non pur diverse, ma contrarie?

49. L'*ipotecaria*, il *quasi-salviano*, il *precario*, il rimedio della l. fin. C. *de adquirenda vel retinenda possessione*, ed il patto *de capiendo*, uniti insieme, erano i cinque elementi de' quali constava il nostro antico giudizio di *assistenza*. Quei

---

(1) *Capere fructus*, l. 20, D. XLI, 2, *de adquir. vel amitt. possess.*—*Capere pignus*, *pignori capere*, l. 88, D. XIII, 7, *de pignorat. actione*, et 15 § 2, D. XLII, 1, *de re iudicata*. — *Capere* in generale è far nostra propria effettivamente e fisicamente una cosa, l. 36, D. *de adquir. vel amitt. possess.*

(2) *L. creditores*, 3, C. VIII, 14, *de pign. et hypoth.*

che lo credettero un *giudizio possessorio* derivarono la voce *adsistentia* dalla definizione stessa del possesso : *ius sistendi in solo* , oppure *ad solum* (1). Meglio si avvisò il nostro Aloi , che la derivò dall' *assistenza* che si chiedeva al giudice in forza della *l. creditores* , 3, C. *de pign. et hypothecis* (2).

50. Con questo giudizio d'*assistenza*, fino alla pubblicazione delle nuove leggi, andavano presso di noi i *creditori ipotecarii* a spiegare i loro diritti non solo su' frutti dal dì dell' azione , ma anche sul fondo stesso; e tanto contra il principal debitore , quanto contra i terzi. Ed è da avvertire che sebbene il *quasi-salviano* ne fosse uno de' principali elementi , si teneva questo come bene adempito con lo stabilire un amministratore o un *sequestratario giudiziario* per i frutti che di mano in mano si andavano raccogliendo.

51. Siccome l'*ipotecaria*, se s'instituiva semplicemente , era tenuta per un' azione di lunga discussione, come quella in cui si credeva necessario rischiarare e ben definire innanzi tratto il *titolo* del debitore intorno al dominio del fondo ipotecato (*sup.* § 42 e 43) , così non lieve fu creduta l' utilità del giudizio di *assistenza* , per la semplicità del suo primo estremo , il quale era lo stesso del *quasi-salviano* ; cioè che il fondo obbligato , fosse stato *in bonis* del debitore quando si contrasse l' obbligazione. Tal che essendosi disputato, se potesse farsi uso della sola pruova del *possesso* nei casi in cui il possessore estraneo in buona fede non avrebbe potuto esser combattuto col *quasi-salviano* (§ 42), D' Afflitto

---

(1) *Possessio est ius insistendi rei.* Glossa in l. 1 *de adquir. possess.*— Maranta, de remediis possessionis, n. 85. — Capycius , decis. 51, lib. I, n. 2 et 3. — Rovitus, ad pragm. I, *de assistentia*, n. 14.

(2) Domat, tradotto ed annotato da Aloi e Maffei, lib. 4 , tit. 7 , sez. 2 , n. 14 e segg. — V. il § preced.

opinò prima che convenisse cominciar sempre dalla pruova del *dominio* (1); in seguito sostenne che bastasse pruovare il *possesso*, il quale fa presumere il titolo (2). Rovito il combattè invano; e l'ultima opinione del D'Afflitto prevalse.

52. Questa pretesa utilità si rivolgeva sempre in danno, quando gli altri che vantavano anch' essi un *ius in re* nella cosa, tacevano in tutto questo giudizio, e venivano a comparire dopo di esso (*sup.* § 21, 43 e 44). Allora si correa pericolo di conturbare tutto il già fatto, e cancellare anche i giudicati. Quindi è che i nostri null'altro maggiormente desiderarono, quanto una procedura che desse termine fra tutti gl'interessati a tutte le controversie con un solo e medesimo giudizio. Egli è vero che la instituzione del *regio generale archivio* riparò in parte fra noi a' mali che derivavano dalla ignoranza degli altrui *dritti reali* sulle cose: tutti i contratti, tutte le sentenze da cui un *dritto reale* potea nascere, dovevano essere registrati in libri perpetui (3) Questa legge salutare però non fu messa in osservanza che per Napoli ed i suoi casali. All'incontro i *giudizii ipotecarii* anche in Napoli continuarono col vecchio rito, ed era in arbitrio dell'attore il citare o non citare coloro che aver potessero un dritto, benchè conosciuto, sulla cosa.

53. Ma di ciò a miglior luogo. Per ora giova compiere il quadro della vecchia giurisprudenza con definire se l'antico *quasi-salviano*, anche ne' suoi errori ad *anomalìe*, appartenesse al *dritto* propriamente detto, o alla *procedura*.

---

(1) Decis. 40.
(2) Decis. 383.
(3) Pramm. del 30 luglio 1786.— V. il § 24, e la *nota* 2 alla pag. 49.

CAP. IV.

Appendice al cap. precedente.

Qual parte nel quasi-salviano appartenga al dritto, qual parte alla procedura.

54. Quando sotto il nome di *quasi-salviano* non debba intendersi altro che uno de' *mezzi giudiziarii* ond'esercitare un *dritto* (*sup.* § 7), non vi ha dubbio che esso appartenga tutto alla *procedura.* Ma quando vuolsi intendere per esso, non solo il mezzo con cui domandiamo, ma anche la ragione per cui domandiamo, allora è forza distinguervi qual parte vi sia di *dritto*, quale di *procedura. Quae cuique debentur*, constituiscono il dritto; mentre, *qua ratione modoque Quae sibi debentur* RITE *quis obtineat* (1), constituisce la procedura. — Siccome a questa però si acquista tal diritto scambievole dalle parti, che esercitar un dritto propriamente detto, e ridurlo ad effetto, e difenderlo o rivendicarlo, non si può mai in modo diverso da quello che impone la legge, così la *procedura* si chiama anche *dritto*; e ciò spesso imbarazza nel definire qual sia il *dritto propriamento detto*, quale il *dritto alla tal procedura.* E pure entrambi sono distinti da caratteri così marcati, che il far valere il primo è volontario; ma tosto che alcuno risolve d'instituire un giudizio, ei non può scegliere altri mezzi che quelli che gli dà la legge nel tempo della lite. Così un dritto non può esser mai da leggi posteriori moderato nè alterato nè distrutto (2): la procedura riceve tutti i cangiamenti che più piacciono al le-

(1) G. Grotius, Isagoge ad paxim fori Batavi, in pr.
(2) Art. 2 ll. cc — Art. 60 ll. pen.

gislatore, il quale ne modifica i modi, ne spezza il corso, o ad altri sistemi lo conforma.

55. Ne' due casi che riporta Cicerone (*sup.* § 17) chiaro è qual sia il *dritto* del creditore. Esso è *condizionato* : se i debitori non pagano quando *hypothecae commissae sunt*, debbono soddisfare il debito o co' frutti, o col prezzo de' fondi ipotecati. Ma *qua ratione modoque*? Oggi noi permettiamo il deposito de' frutti nelle mani piuttosto del debitore, che del creditore : allora il pretore *rerum obligatarum potestatem creditori faciebat* (*sup. d.* § 17). Ma può dubitarsi che questo non sia altro che modo e forma di esecuzione di un dritto? So che *dritto* e *procedura* uscirono assai confusi al principio ; ma dopo che l' uno e l' altro in codici diversi si sono differenziati e distinti, sconoscerne i confini e rimescolarli, è un risospingerci alla prima epoca del mondo civile (*sup.* § 20).

56. Il che per ben discernere nel *quasi-salviano*, conviene con un' esatta analisi dividerlo atto per atto, e seguirne l' andamento. — Cominciamo dal primo, cioè dal libello dell' azione: *editio actionis*.

57. Sappiamo che Celso e Triboniano definirono l' azione, *ius persequendi in iudicio quod sibi debetur* (1). Ma è indubitato che presa l' *azione* nel senso di primo atto con cui si spiega un *dritto* contro di alcuno, non è che un *mezzo giudiziario* per sostenere tal *dritto* e renderlo efficace. Nel qual senso è impropria la definizione, *actio est ius*: questo è un *tropo*, una *figura* ; la *causa* per l'*effetto*, il *principio* in vece del *mezzo* (*sup.* § 7 *in fin.*). Ad instituirla hanno ben *dritto* le parti; poi-

(1) Inst. IV, 6, pr. *de actionibus*.— L. 61, D. XLIV, 7, *de act. et obligationibus*.

chè senza di essa non può ottenersi cosa alcuna in giudizio: ma è *dritto* alla procedura, *dritto* pur certo e immutabile, ma a cosa che varia e si modifica secondo i tempi (§ 54). *Quod nobis debetur*, e poter dispiegarlo con l'azione, è *dritto* propriamente detto: i modi giudiziarii onde dispiegarlo, cominciando dall' *edere actionem*, son *mezzi* e *procedura* (1).

58. Segue all' azione il *precetto* indicato già da Cicerone: *aut solvat*, *aut fructibus suis satisfaciat* (*supra* § 17). Ha ben dritto il creditore di ottener dal giudice questo precetto. Ma può mettersi in dubbio, appartenerne il modo anche alla procedura? La procedura ne fissa i termini, la procedura ne fissa le forme; ella può deputarvi un solo giudice, può rimetterlo ad un collegio di giudici, può abbandonarlo ad un ufiziale ministeriale. Le parti han *dritto* a domandare che ciò si faccia *ritualmente*, cioè secondo la legge che impera nel tempo del giudizio; ma è dritto certo a *procedura variabile*, e le parti non possono usar altra che l'ultima.

59. Se il debitore non ubidisce al precetto, *solvat*, rimane l' altra parte: *fructibus suis satisfaciat*. E la legge può impiegar molti modi, onde a ciò tosto si adempia. Le nuove leggi autorizzano il sequestro, e quindi l' immobilizzazione de' frutti: il *quasi-salviano* dava al creditore stesso il *quasi-possesso* del fondo *provvisionalmente*. Or non era questo un *mezzo*, o sia un *atto di procedura* per ottenere il *fine* di essere soddisfatto? Nel *fine*, e non nel *mezzo*

---

(1) Donellus, de action. in pr. n. 3.—Bacovius, de actionibus, I, 24. — V. sopra tutto Einnecio, in elem. iur. civ. IV, 6, § 1126. — Fodera', *op. cit.* alla pag. 34, e più compiutamente alla pag. 89 e segg. cita pure il d. § 1126 di Einnecio: *medium legitimum persequendi iura* etc.

sta il *dritto* propriamente detto (*sup.* § 8 e 11).

60. Il *possesso* dunque, qui si replica in contrario, il *possesso* di una cosa considerata indipendentemente dal dominio, non è forse un oggetto di grave interesse per noi? E non merita forse di esser nominato *dritto* per se medesimo, e *fine* piuttosto che *mezzo*? » Lo dimostra, dice il signor Fo-
» DERA', lo dimostra evidentemente il chiamare a ras-
» segna i comodi che le leggi fan produrre al *pos-*
» *sesso*: dappoichè il *possesso* ci libera dall'esibizio-
» ne e pruova del titolo; unito alla buona fede ci fa
» guadagnare taluni frutti della cosa: della cosa nes-
» suno ci può spogliare, finchè non abbia provato
» di esserne il padrone; e godiamo sempre di quel
» dritto, che possedendo, in parità di causa, sia esti-
» mata migliore la nostra condizione, e che nel dub-
» bio per noi venga favorevole profferita la sentenza.
» In somma questi ed altri vantaggi fanno nel dritto
» riputare *beati i possidenti* (1) ».

61. Tutto ciò sarebbe ben detto, fuor che nel caso del *quasi-salviano*. Sappiamo che chi gode un possesso *non vi*, *non clam*, *non precario* (§ 33) non ha mestieri di darne ragione col *titolo*; agisce contro chi lo ha spogliato, resiste contro chi vuole spogliarlo, ed agisce e resiste con le azioni e l'eccezioni meramente *possessorie*: sappiamo pure che fra due che contendono, la miglior condizione è sempre di colui che possiede. Ma in questi casi non si vuole e non si difende che la cosa posseduta. A chi, p. e. si sostiene nel possesso di una servitù, può forse l'avversario offrire un'indennità in danaro, e acchetarlo? No certamente fino a tanto ch'esiste la cosa: perchè il *fine* della lite è il fisico godimento di essa. Con la *pu-*

(1) FODERA', nell' *opera cit.* pag. 21 e 22.

bliciana si rivendicava il *possesso*, ed ella era un' azione *in rem* per se stessa (*sup.* § 12 e 13). Ma poteva il reo convenuto liberarsene altrimenti fuor che coll' abbandonare la cosa domandata? Il *quasi-salviano* all' incontro, non ha per *fine* il *possesso* (*sup.* § 12, 14, 27 *e segg.*); tal che il debitore il quale paga, ne spezza il corso e lo annulla.

62. Di fatti abbiamo osservato che l'*ipoteca* non solo non dà alcun possesso al creditore, ma fra' suoi caratteri essenziali non è l' ultimo quello, che il possesso rimane presso il debitore (*sup.* § 22 e 24). L' istesso sig. Fodera' sostiene con forza, che il *quasi-salviano* non era *interdetto a causa di ricuperare un possesso*, *ma a causa di acquistarlo*; e che perciò siccome la giurisprudenza europea da molti secoli avea ricusato a questa specie il nome d'*interdetto* (*sup.* § 11 *e* 31), così esso meriti più il nome di *azione*, che d'*interdetto* (1). E vi aggiunge, che quando fu cambiata da Giustiniano la forma degl' *interdetti*, e tutti furon ridotti ad *azioni*, ciò venne riputato cangiamento di *procedura*, e non diminuzione o accrescimento di dritto (2). Quello che si dimandava come *fine* dell'*interdetto*, fu l' istesso che si domandava con la formola dell'*azione* (*sup.* § 8 e 11).

63. Ma o ch'essa sia *azione*, o che sia *interdetto*, quando il creditore domanda il *possesso* della cosa ipotecata, può bene il debitore offrirgli il prezzo, può attaccare il titolo, può opporgli la compensazione del debito; e sempre l' immissione in possesso è arrestata. Questo *possesso* dunque è *mezzo* nel *quasi-salviano* e non è *fine*: *mezzo giudiziario* di cui può sotto un aspetto perdonarsi l'elogio, e volgendo-

(1) Fodera', *op. cit.* pag. 29. e 30.
(2) Pag. 48.

sene la faccia, dimostrarsene il danno; ma che non cambia perciò la sua indole; tal che cambiata la legge di procedura, cede il luogo ad altro modo, senza che il *dritto* del creditore ne rimanga alterato.

64. Nè dee pretermettersi, che nelle *azioni* veramente *possessorie*, sostenuto che ha taluno il *possesso*, p. e. di una servitù o di un fondo, come *fine* del giudizio, il *dritto* è tutto suo, e s' egli non ne usa, non può il *reo convenuto* chiedergliene conto. Ma immaginiamo che il *salvianista* il quale ha ottenuto il *quasi-possesso*, voglia lasciare inculto il fondo, egli ne dee render conto niente meno che allo stesso debitore, perchè tradirebbe in tal modo il *fine* per lo quale è stato costui scacciato dal fondo. Il creditore non possiede che a nome del debitore per soddisfarsi del credito: non è il possesso vero, ma l' *amministrazione* e la *delegazione de' frutti* che gli è deferita.

65. Ne' dominii di qua del Faro il *quasi-salviano* era l' elemento principale del giudizio di *assistenza*, e l' *amministrazione* non era del creditore, era *giudiziaria* (*sup.* § 50). *Modi* e *forme* anche questi. Per lo che la prammatica stessa *de assistentia*, che nelle antiche collezioni figurava in un titolo a parte, fu poi collocata come XVI nel titolo *de ordine et forma iudiciorum*. In questa è *sancito* il *quasi-salviano*. E l' autore stesso, che anche combattendo rispettiamo, non lo chiama altrimenti che *mezzo giudiziario* (1), *vera azione* intesa a farci acquistare in giudizio ciò che a noi è dovuto (2), ed *azione nascente dall' ipoteca*, *per mezzo della quale il creditore otteneva il possesso*

(1) Fodera', *op. cit.* pag. 34.
(2) Pag. 30, 35, e *passim* in tutta l' opera.

della cosa ipotecata, *acciocchè co' frutti si soddisfacesse del credito* (1). Non diciamo noi forse la cosa medesima?

66. Ma egli ripiglia: se il *quasi-salviano* fosse *procedura*, non sarebbe che *forma*. Esso però si potea sperimentare in molti e molti giudizii, d'indole ben diversa fra di loro; e non è *forma*, *ciò che può esser materia di molte forme* (2).

67. Quando per *forma*, o sia *formola*, s'intende *atto di procedura*, la voce *forma* non ha il significato delle scuole. Il *quasi-salviano* nel senso di *atto giudiziario*, ha la sua *materia*, ed ha pur la sua *forma* nel senso delle scuole; e questa *materia* così *conformata* constituisce quella ch'è detta formola di procedura. Quando dunque esso si unisce ad un'azione affine, non è una *materia* nel senso scolastico di subbietto e *sostrato* di *forma*; ma è una *materia conformata* ad *atto di procedura*, la quale può aggiungersi e dar forza ad altra *materia conformata* ugualmente ad atto di precedura. — E tolta la vanità delle voci, è un' *azione* che si aggiunge ad altre *azioni*; e di molte può farsene una sola, siccome abbiam rilevato nel giudizio di *assistenza* (*sup.* § 49).

68. Per conchiudere in somma, noi concediamo, che il *quasi-salviano* ha per *principio* e per *fine* un *dritto* del *creditore*. La *forma* però dell'azione (*sup.* § 57), il *precetto* (§ 58), il *quasi-possesso* (§ 59), o sia l'amministrazione de' fondi ipotecati che si concedeva al creditore, erano *mezzi giudiziarii* per ottenere il *fine* che a quel *dritto* risponde. Son dunque parti varie di procedura che posson esser prescritte di questo modo o di un altro,

---

(1) Fodera', pag. 55.
(2) Pag. 67. — È il vero trarre il sottile dal sottile.

he possono più o meno accelerare o ritardare quel *fine*, e far l'esperimento del dritto a fronte di molti o di pochi, e con uno o con altro mezzo; ma cangiarne l'essenza non mai. A queste *forme* si ha *dritto*, lo so; ma è *dritto* alla *procedura*. Quale adunque sarà questa? Come s'instituirà l'azione? Quali saranno i termini del precetto? Come si regolerà l'amministrazione ed il possesso del fondo? Le leggi di *competenza* e di *procedura* sono le sole che lo definiscono secondo i tempi, ed esse appartengono per la maggior parte più al *dritto pubblico*, che al *dritto privato*. Ed appunto per ciò, del suo *dritto propriamente detto* ognuno può far uso con trarlo ad effetto o rinunziarvi (*sup.* § 54); ma della tal procedura non è in balia del privato l'usare, quando l'*autorità pubblica* l'avesse cangiata.

69. Tutto ciò fa conoscere qual parte del *quasi salviano* debba rispettarsi, ad onta de' cangiamenti legislativi dopo il contratto; e quale poi sia soggetta a tutte le fasi di tali cangiamenti. Volgiamoci intanto alla nuova legislazione per osservare come questa *materia*, non solo in quanto al *dritto*, ma anche in quanto alla *procedura*, vi sia stata compiutamente trattata.

CAP. V.

PARTE TERZA

Come la materia dell' utile-salviano formi oggetto delle disposizioni delle nuove leggi.

70. Intendiamo dimostrare che la *materia* del *quasi-salviano* forma oggetto particolare delle disposizioni delle nuove leggi; e che quindi le disposizioni delle leggi antiche sieno state in ciò abolite. — Il signor Fodera' nel sostenere il contrario, viene non per tanto a concedere che possa nell' *anticresi* delle nuove leggi ricercarsi qualche cosa di simile al *quasi salviano*: l' *anticresi* (egli dice) non è altro secondo le nuove leggi, che un *quasi-salviano convenzionale* (1). Questo però non può ammettersi.

71. Perciocchè l'*anticresi*, secondo le nuove leggi, non dà per se stessa alcuno *ius in re*: è una semplice *delegazione di frutti*, un *ius ad rem*, un *dritto mobiliare*, principio di mera *azion personale*; perchè non tende ad altro che alla percezione de' frutti i quali sono annoverati fra' *mobili* (2). Quindi è che un *creditore chirografario*, il quale certamente non ha alcun *dritto nella cosa*, può ben sequestrare nelle mani del *creditore anticretico* i frutti pendenti, non potendo la delegazione aver effetto che a misura che i frutti scadono e si percepiscono (3). Il confronto dunque del *quasi-salviano* con l'*anticresi* fa

---

(1) Fodera', *detta opera*, pag. 82.

(2) Delvincourt, Cours de code civil, all' *art.* 2071 *nota* 2; ed all'art. 2085 *nota* 1, ediz. di Parigi del 1819, vol. 3, pag. 665 e 674.

(3) Idem, ibid.

perdere al primo la qualità di *azion reale*, principal fondamento su cui si affida la opinione contraria alla nostra.

72. Che se l' *anticresi* fosse un *quasi-salviano convenzionale*, il *quasi-salviano* sarebbe un *anticresi giudiziaria*; e la differenza starebbe solo in quella che diversifica il *giudizio* dalla *convenzione*. Or la *convenzione* può accordare il percepimento de' frutti per quel tempo che si vuole. Ma, trattandosi d' *immobili*, il giudice non può oggi accordar dritto su' *frutti* che quando sono *attaccati al suolo*, e ciò con molte limitazioni (1); poichè staccati, essi son *mobili*, i quali non ritengono impronta alcuna particolare di questo o di quel fondo, e vanno in casa o in magazzino confusi con l'altre cose mobili. Oggi dunque la pretesa *anticresi*, ottenuta *per via giudiziaria*, non potrebbe esser altro che il *sequestro de' frutti attaccati al suolo*, ma senza proseguimento di percezione, il che toglierebbe al *quasi-salviano* l' altro suo carattere della continuazione del quasi-possesso fino all' estinzione del debito.

73. L' *ipoteca* certamente non è stata mai essenziale all' *anticresi*. Le leggi antiche le univano talvolta insieme (2). E noi possiamo far l'istesso; ma allora l' *azion reale* nasce dal patto *ipotecario*, non dal solo patto *anticretico*; ed in questo caso, o che vi sia, o che non vi sia l' *anticresi*, la quistione intorno al *quasi-salviano* non è risoluta dalle leggi anticretiche, perchè dipende unicamente dal *diritto ipotecario*, dritto reale che assorbisce e regola ogni dritto minore che ne dipende (3).

---

(1) Art. 717 ll. di pr. civ. nap.

(2) *Mutuus pignoris usus pro credito*, L. 11 § 1, D. XX, 1, *de pign. et hypothecis*.

(3) Art. 1961 ll. cc.

74. Non dunque nel trattato dell' *anticresi*, ma nel trattato delle *ipoteche* dobbiam ricercare la *materia* della quale ragioniamo. Lo stesso signor Fodera' si sottoscrive non pure alla sentenza del Fachineo, che il *quasi-salviano* non competa che ne' casi ne' quali compete l'*ipotecaria* (1), ma a quella del Sanfelice, che l' uno non differisca dall' altra che nella pruova degli estremi (2). Tal *materia*, siccome ogni altra *materia di legislazione positiva*, si distingue in *due*; *dritti* che il *quasi-salviano* garentisce, e *procedura*, o sia modi secondo i quali li garentisce. Nelle vecchie leggi era facile il confondere la *procedura* col *dritto* propriamente detto; poichè sovente uno stesso titolo, una stessa legge trattava dell' una e dell'altro: ma la sapienza del nostro Augusto Legislatore ne ha fatto due parti distinte del suo codice, ed è impossibile turbarle ora e confondere (*sup.* § 55). Il giureconsulto che l'una e l'altra disponesse in ordine in un solo trattato, ne presenterebbe il più compiuto sistema, ma di niuna d'esse potrebbe cangiar mai la natura.

75. E cominciando dal *salviano* propriamente detto (*sup.* § 27), il *dritto privilegiato* che hanno i padroni sulle cose *invectae et illatae* da' coloni ne' fondi rustici, è sancito dall' *art.* 1971 delle *ll. cc.* anche riguardo ai *terzi*; e gli *art.* 673 e segg. delle *ll. di proc. civ.* già disegnano il modo ed il rito ond' esercitare tal dritto. La materia dunque del *salviano* propriamente detto, così per il *dritto*, come per la *procedura*, forma evidentemente oggetto delle disposizioni delle nuove leggi.

76. In ordine poi al *quasi-salviano*, il *diritto* de' *creditori ipotecarii* per essere soddisfatti anche

(1) Fodera', *op. cit.* pag. 33 e 34.
(2) Pag. 52.

dagli *accessorii* de'fondi ipotecati, è sancito dall'*art.* 2004 delle *ll. cc.*; e già l'*art.* 472 delle leggi medesime avea chiamato *accessorii* d' un fondo i *frutti* di esso; e l'*art.* 2118 scioglie il fondo dall' ipoteca, ove i frutti di un anno soddisfacciano al debito. E quali sono, se non son questi, i principali dritti su'quali è fondato il *quasi-salviano?*

77. Vengono le *leggi di procedura.* Gli *art.* 717 e segg. determinano il modo come sequestrare i *frutti attaccati al suolo.* Dritto sì fatto cessa in ogni creditore, tosto che alcuno si è incamminato per la via della *spropriazione.* In questa gli *art.* 755 e *segg.* danno la forma del *solvat*, *solvant* di Cicerone (*supra* § 17 e 58) o sia del precetto preliminare; gli *art.* 766 e segg. regolano la raccolta e l'amministrazione de' frutti, e fissano le forme per le quali essi seguono le *affezioni ipotecarie* del suolo. E siccome i *mobili* per le nuove leggi sono esenti d'*ipoteca*, ed i frutti, tosto che sono staccati dal suolo, perdono la qualità di essere *accessorii* al fondo ipotecato (*sup.* § 71), così i creditori, benchè avessero pegnorato il fondo, perderebbero il loro *ius in re* sopra di essi. A questo male rimediò l' antica giurisprudenza coll'accordare il *quasi-possesso* del fondo al creditore. Vi rimedia la legge nuova con accumulare i frutti in un deposito, e considerarli come *immobili* ond' esserne il prezzo unito poscia al prezzo del fondo.

78. Se adunque non vi fosse questa disposizione di legge di considerare come *immobili* i frutti già percepiti, ciascun creditore, ed anche i chirografarii, potrebbero andarli a sequestrare come *mobili* appartenenti a' loro debitori; ed i *creditori ipotecarii* perderebbero il dritto loro, nè avrebbero privilegio o ipoteca da vantarvi. Al permesso dunque che al cre-

ditore ipotecario dava il *quasi-salviano* di far proprii i frutti e godere il fondo, onde metter quelli a conto del debito, il nuovo rito sopperisce con l'*immobilizzazione* : mezzo più forte , il quale non permette mai che i creditori *non ipotecarii* , o *non inscritti* , o *non concorsi* al giudizio di spropriazione, possano su' frutti, o pendenti, o raccolti, turbare il dritto di chi ha già spiegato il suo *ius in re* sopra il fondo in tutta la sua interezza (*sup.* § 10 e *segg.*).

79. Pone a queste disposizioni il suggello l'*art.* 434 delle *leggi di eccezione.* Questo ed i seguenti tolgono di dritto al fallito l'amministrazione de' suoi beni , e ne investono i creditori rappresentati dagli agenti e dai sindaci , nelle cui mani vanno a raccogliersi tutti i frutti e le rendite del fallito , a fin di servire alla soddisfazione de' suoi debiti.

80. E per chi può credere che l' *ipotecaria* ed il *quasi-salviano* fossero state due azioni diverse , è assai marcabile, che nel *carattere del giudizio* e nella *pruova degli estremi* (*sup.* § 73) l' *attuale ipotecaria* somiglierebbe più all'antico *quasi-salviano*, che all' *ipotecaria* antica. Poichè l'*attuale ipotecaria* corre sempre in *via sommaria*, anche per i suoi più gravi incidenti , e sul principio non guarda altro se non, se il fondo ipotecato era *in bonis* del debitore quando costui contrasse l'obbligazione , e se lo sia attualmente (1) : i titoli del dominio del debitore non debbono discutersi, che nel caso di richiamo de' terzi , e di collisione de' loro diritti co' diritti dello spropriante, o del debitore (2).

81. Nè son diversi i principii quando i beni si trovano in mano di un *terzo*. Se costui non ha pur-

---

(1) Art. 760 ll. di proc. civ. nap.—V. *sup.* § 37 e 51.
(2) Art. 812 ed 813 delle leggi medesime di pr.

gato il fondo dalle ipoteche, resta obbligato *per la sola qualità sua di possessore* a tutti i debiti ipotecarii; nè altro può farsi che tosto ordinare: *aut pecuniam solvat, aut de hypothecis decedat*, cioè, o paghi, o rilasci; ed il giudizio n'è anche *sommario* come nel *quasi-salviano* (1). Che s'egli ha adempito alle forme della *purgazione* da ogni privilegio o ipoteca sul fondo acquistato, allora soltanto potrà opporre il suo titolo, ed opporre il *dritto di proprietà* al *dritto del pegno* di altro creditore (*supra* § 42 e 63).

82. Qual'è dunque in tutto ciò la differenza tra il vecchio *quasi-salviano* e la nuova legislazione ipotecaria? Niuna relativamente al *dritto*. Perciocchè nella nuova sussistono tuttavia i tre principii: I, che i frutti del fondo ipotecato debbono anch'essi rispondere del debito; II, che questi cessano di appartenere al debitore ed ai suoi *aventi-causa*, ancorchè per *contratto anticretico* (*sup.* § 70); e ciò tosto che il creditore vi spiega giudiziariamente il suo *dritto*; III, che vi basta, come bastava al *salvianista*, il dimostrare il fatto, che il fondo era *in bonis* del debitore nel tempo della contratta obbligazione.

83. Relativamente poi alla *procedura*, quando non insorgano quistioni di proprietà, o di poziorità e di efficacia del *titolo creditorio*, le quali cangiavano una volta il *quasi-salviano* in *vera ipotecaria* (§ 41), anche adesso rimane il giudizio non solo col *debitore*, ma anche co' *terzi*, nella stessa qualità di *sommario*, e potrebbe alcun dire di *quasi-salviano* e di quel *possessorio* che dissero gli antichi forensi. Che se per le nuove leggi di procedura molto impropria qui sarebbe la voce di *giudizio possessorio*, non meno

---

(1) Art. 2062 e segg. ll. cc. — V. *supra*, § 40.

impropria ed abusiva l'abbiam dimostrata essere stata nel foro sotto l'impero delle antiche; e gli stessi amatori del *salviano* sono con noi (*sup.* § 31).

84. Se non che una volta cominciava questo giudizio col *precetto* che profferiva il giudice ; oggi col *precetto* che impone un ufiziale ministeriale: una volta seguiva al *solvat* la descrizione de' beni e lo stato loro fruttifero per toglierli legalmente dall' amministrazione del debitore; oggi si fa il medesimo col *pegnoramento:* una volta venivan questi beni consegnati al *creditore*, non già come a padrone, ma come ad amministratore, e perchè facesse interamente suoi i frutti a conto del suo proprio e particolare credito; oggi si consegnano anche ad un *amministratore*, ma in qualità di *sequestratario giudiziario*, ancorchè costui sia il debitor medesimo, e sempre per lo stesso fine di far conserva de' frutti a conto del debito: una volta il creditore imputava anno per anno questi frutti a suo pro ; oggi questi s' *immobilizzano*, e se na fa un'accumulazione giudiziaria per profitto suo e degli altri: una volta cessava il giudizio quando il percepimento de' frutti era stato sufficiente al debito; oggi cessa di dritto quando un' annata di frutti sia a ciò sufficiente , o quando lo sieno i frutti *immobilizzati* lungo il corso del giudizio medesimo. Questi sono i rapporti, queste le differenze tra le due legislazioni. Ciascuno può da sè ricercare dove l' utilità pubblica , dove la sicurezza del credirore sia maggiore ; se nella incertezza di un *possesso momentaneo* , o nella stabilità della *immobilizzazione* de' frutti. Qui diciamo soltanto , che queste sono differenze solo nella *procedura*; mentre nel *dritto* fra le leggi nuove e le vecchie vi è *identità*, non che *simiglianza*.

85. Quali però sono i principii di queste differenze? Due soli : la pubblicità del giudizio, e la neces-

sità di chiamarvi tutti gl' interessati. L'antico *giudizio ipotecario* cominciava sempre, e poteva talvolta proseguire fino all' ultimo, tra un *solo creditore* ed il *debitore*; tal che le dispute di coloro che facevan richiamo della proprietà, o esperimento di altri dritti *in re*, non venivano ordinariamente che dopo (*sup.* § 52). Oggi la necessità della *trascrizione*, la citazione preliminare de' creditori anteriori e poziori, gli affissi pubblici, le citazioni per la graduazione, tutto annunzia fin dal principio, che il giudizio non è più particolare tra un creditore ed il debitore, ma è essenzialmente universale fra tutti gl' interessati. I mezzi dunque non posson più esser *parziali*, nè *individuali*, come è il *possesso* o il *quasi-possesso* (1); ma più universali, debbono corrispondere alla garentia degl' interessi di tutti i creditori che possono esser chiamati ad avervi parte.

86. Da ciò avviene che tutto il procedimento dee necessariamente portar l'impronta di carattere sì universale. Tal che immaginando che questa parte di nuova procedura si fosse aggiunta alla procedura del vecchio *quasi-salviano*, improvvida anche in questo caso sarebbe stata l'*immissione in possesso* di un solo creditore; ma sarebbe stato necessario di pensare a tempo, e fin dal cominciamento, ai richiami di proprietà che far potevano i terzi, ed al concorso degli altri creditori; e per non pregiudicare ai di costoro dritti, surrogare a tale *immissione* di un solo, il *deposito* e l'*immobilizzazione*

---

(1) *Contra naturam quippe est, ut dum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris.* L. 3 § 5, D. XLI, 2, *de adquir. possess.* — *Neque injustae, neque justae possessiones duae concurrere possunt.* L. 19, D. XLIII, 26, *de precario.* Il possesso è un fatto: il nome, disse LABEONE, è *a sedibus, quasi positio.* Dove io pongo fisicamente il piede, non può nel tempo stesso tenervelo un altro. — V. *sup.* § 31.

de' frutti, o tal altro mezzo, che salvasse l' interesse di ciascuno. Così il mezzo avrebbe potuto rispondere al principio ed al fine, secondo ch'era indicato dalla necessità e dalla natura della cosa (1). Anche la *provvisionale* dell'attuale giudizio ipotecario, per la quale s' *immobilizzano* i frutti de' fondi sequestrati, può in molti casi, e particolarmente ove estranei ed altri creditori non compariscano, diventare il termine del giudizio stesso; e se non lo è frequentemente, ciò nasce perchè oggi si è aperto un varco più ampio allo sperimento di quelle ragioni che aver si possono da molti sul fondo, e che anche sotto l' impero delle vecchie leggi volgevano il *quasi-salviano* in *ipotecaria* (*supra* § 24, 38, 41).

87. Facile è dopo di ciò la risposta ad una difficoltà, per la quale si cerca tuttavia sostenere che l'attuale giudizio ipotecario non abbia alcun rapporto con l' antico *quasi-salviano*. — « *Due fini* non solo *di-* » *versi*, ma *opposti tra loro* sono quello dell' *utile-* » *salviano*, e quello del *pegnoramento degl' immobi-* » *li*. Il primo non toglie al debitore che il *posse-* » *dimento dell' immobile*, il secondo la *proprietà*; » il primo rende il creditore *percettore de' frutti*, » il secondo *padrone del capitale*; il primo *conser-* » *va*, il secondo *distrugge* (2) ». — Disgroppiamo alquanto queste sì complesse proposizioni.

88. In primo luogo non sono termini fra loro perfettamente opposti *utile-salviano* e *pegnoramento d' immobili*. Per *utile-snlviano* s' intende non solamente il *dritto* del creditore ipotecario, ma tutta la

(1) *Primo ne medium, medio ne discrepet imum.*
Hor. *de arte*, v. 152.
Al principio risponda il fine e il mezzo.
Petr. Son. 59.

(2) Parole del Fodera', *op. cit.* pag. 69.

serie degli atti antichi di procedura dal *solvat* fino al ritorno del fondo nelle mani del debitore, cioè a dire fino al passaggio del *quasi-salviano* nell'*ipotecaria* (§ 57 *e segg.*). All'incontro il *pegnoramento* non è che un atto solo, un punto di tutta la serie degli atti del giudizio ipotecario, che noi abbiamo a quelli del *quasi-salviano* contrapposta. Convien progredire per molti altri atti fino alla *provvisionale* dell'*immobilizzazione dei frutti*; e solamente così si possono trascorrere gli anelli tutti della nuova procedura che hanno coll'antica rapporto.

89. In secondo luogo non è vero che il *fine* del *pegnoramento* sia togliere la proprietà. Il *fine* che il creditore si propone nel *pegnoramento*, è di esser pagato o da' frutti, se bastano, o dal prezzo, se il fondo dee vendersi. Egli così riunisce il *quasi-salviano* e l'*ipotecaria* (*sup.* § 83). Anzi l'*immobilizzazione* de' frutti nel primo caso, e la *vendita del fondo* nell'altro, egualmente che il *pegnoramento* stesso, il quale è il punto comune dal quale tanto l'immobilizzazione, quanto la vendita provengono, non sono altro che *mezzi* (*sup.* § 63).

90. In terzo luogo non può reggere la proposizione che il *pegnoramento* rende il creditore *padrone del capitale*. Se per *capitale* s'intende il *credito*, il creditore lo ricupera solo quando vien soddisfatto; e lo ricupera così, tanto col *quasi-salviano*, quanto coll' *ipotecaria*: non mai però lo ricupera col *pegnoramento*. Perciocchè con questo il creditore si avvia semplicemente all'esercizio del suo dritto, senza diventar padrone di nulla. Che se poi per *capitale* s'intende il *fondo* stesso pegnorato, non solo il *pegnoramento* non ne fa padrone il creditore, ma no'l fa tale alcuna provvisionale, nè alcuna decisione definitiva dell'intero giudizio ipotecario: questo mira, non a dare il fon-

do al creditore, ma a farlo vendere, onde soddisfare il creditore dal prezzo (*sup.* § 9 a 14). Che s'egli stesso ne divien mai *aggiudicatario*, ei lo diviene come ogni altro compratore estraneo, a cui passono tutti i debiti ipotecarii sul fondo.

91. Dal che si scorge che non sembra esatto il contrapposto; il *salviano conserva*, *il pegnoramento distrugge*. Anzi il *salviano* attribuisce i frutti al *salvianista*; e perciò per quanto concerne i debitori, può dirsi ch' ei *consumi* e *distrugga* almeno i frutti. Il *pegnoramento* all'incontro non distrugge nulla; perchè nulla attribuisce: esso è piuttosto un atto di conservazione de' dritti, così del debitore, come de' creditori; perchè non il *pegnoramento*, ma la decisione che scioglie il *pegnoramento*, è l'atto giudiziario il quale aggiudica a' creditori il prezzo del fondo, insieme col prezzo de' frutti percepiti nel corso del pegnoramento.

92. Chiaro è dunque, che il *dritto* il quale si esercitava col *quasi-salviano*, è tutto passato nelle disposizioni delle attuali *leggi civili*: il *modo* di esercitarlo è diverso; ma questo è nelle *leggi di procedura*. La somma della differenza è, che per la procedura antica il giudice nel *quasi-salviano* pronunziava *provvisionalmente*, potere il creditore percepir egli stesso, ed attribuire a se i frutti a conto del suo credito; per la nuova il giudice ne ordina anche *provvisionalmente* un' accumulazione ed un deposito, onde attribuirli dopo. Se però vi è contrasto fra i creditori, o se il deposito accumulato de' frutti non basta, o se vi è quistione di altri dritti *in re* sull' immobile, si passa tosto nella nuova legislazione, come si passava nell' antica, dalla *provvisionale* al giudizio del *merito*, o sia allo sperimento definitivo dell' *ipotecaria* nell' interesse di tutti (*sup.* § 41 *in fin.*). Nè altro è questo, nè può esser altro che *rito*.

*

93. A che dunque combattiamo più per vane parole? Se vi ha chi vago delle vecchie cose sospira ancora dietro il *quasi-salviano*, sia tranquillo, ei l'ha presso. Nè già per sostenere la vecchiezza di lui, fa mestieri di scendere a turbare il silenzio di polverosi sepolcri, ond'evocarne l'ombra d'un Barbagalli, d'uno Scapuccino. Quai nomi, quai cadaveri, buon Dio! Già dal *quasi-salviano* per sola forza della nuova legge

Pulsa fugit macies, abeunt pallorque, situsque;
Adiectoque cavae supplentur sanguine venae;
Membraque luxuriant (1).

Non bastano forse le controversie animate che questo lussureggiante vigore nelle giovani cose produce, per volervi aggiungere anche i tristi ravvolgimenti di scolastiche e viete disquisizioni (2)?

93. Ma se la cosa è sì chiara, donde mai derivano gli esempi delle cose giudicate nelle corti di appello di *Torino* e di *Nimes*? Con questi esempi che si allegano in contrario, si cerca redintegrar la pugna, sostenendo più fortemente che il *quasi-salviano* non formi oggetto delle disposizioni delle nuove leggi: e vi si aggiunge ch'egli è un *dritto acquistato* con le leggi antiche, il quale per le nuove non può esser distrutto. Or noi innanzi tratto considereremo sì fatti esempi di cose giudicate sotto il primo aspetto, e come un'*appendice* di questo *capitolo*. Confutarli poi sotto il secondo aspetto, formerà la conchiusione del nostro lavoro.

---

(1) Ovid. Met. VII, 290.

(2) V. *supra* i §§ 43 e segg. per iscorgere quanto involta e nodosa ed incerta era la procedura del *quasi-salviano*.

C A P. VI.

APPENDICE AL CAP. PRECEDENTE.

Esempi di cose giudicate.

95. Le decisioni che si allegano a favore de'*salvianisti*, son tre, due della corte di appello di *Torino* del 26 giugno 1804 (1), e del 17 gennaio 1807 (2), la terza della corte di *Nimes* del 9 gennaio 1805 (3). Ma a *Demostene* prefetto del pretorio, che dava troppo peso agli altrui giudicati, GIUSTINIANO rammentò l'antica sentenza, *non exemplis, sed legibus judicandum* (4). E prima di lui COSTANTINO avea rescritto a *Procolo*, che anche quando l'uso di giudicare era così uniforme che potesse dirsi convertito in consuetudine, non dovea mai riputarsi di tanto momento, che *aut rationem vincat, aut legem* (5).

96. Ciò che dunque si ricerca in primo luogo perchè le cose giudicate facciano autorità nella interpetrazione della legge, è che la legge sia *ambigua ed oscura* (6); il che certamente non è nel caso nostro. Si aggiunge in secondo luogo che le tre decisioni le quali si allegano in contrario, ancorchè non si guar-

---

(1) Nella causa *Zuy-Zavatteri*, *Saint-Martin-Garresio*, e *Sindaci del collegio de'costui creditori.*

(2) Tra *Testa*, *Racchia* ed *Audesio*.

(3) Tutte e tre riportate dal FODERA', pag. 58 e segg.

(4) L. 13, C. VII, 45, *de sent. et interlocut.* — Ed a chi citava l'esempio de' tribunali della capitale del mondo, PROCOLO rispondeva: *non spectandum est quod Romae factum est, quam quod fieri debeat.* L. 13, D. I, 18, *de off. praesidis.*

(5) L. 2, C. VIII, 33, *quae sit longa consuetudo.*

(6) *In ambigua voce legis, in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur.* L. 19 et 38, D. I, 3, *de legibus.*

dino sotto altro aspetto che del tempo e delle circostanze in cui vennero pronunziate, non hanno alcuna ragione di simiglianza, non che d'identità, col tempo e collo stato della nostra quistione (1). In ultimo esse non sono state mai riprodotte più, nè seguite; e in conseguenza lor manca il terzo requisito *rerum perpetuo similiter iudicatarum* (2).

97. Delle quali tre proposizioni, la prima ha avuta la sua dimostrazione nel *cap.* precedente, ove abbiam veduto come la materia del *quasi-salviano* sia stata in tutti i suoi particolari trattata nelle leggi nuove. Ancorchè dunque le tre decisioni dicessero non esser questa *materia* quivi trattata, non potranno mai vincere l'evidenza del fatto, nè la legge.

98. Nè vale a rendere *ambigua* ed *oscura* la legge, che di tutta la *materia* qualche antica disposizion particolare non si sia riprodotta o nominatamente abolita. Anche presso gli antichi la pubblicazione di nuove leggi produceva ne' tribunali la stessa difficoltà. Ulpiano ne lasciò un documento nel suo *lib. 18 ad edictum.* Molte leggi, dalle XII tavole in poi, avevano indicati e repressi i *danni per ingiuria.* Venne finalmente la *legge aquilia.* Si domandò, *quid juris* per i casi contemplati in alcuna delle leggi vecchie, e non riprodotti dalla nuova? Tutta la *materia* de' *danni per ingiurie*, rispose Ulpiano, tutta è trattata nella *legge aquilia*; e non può dirsene *ambigua* l'abolizione, solo perchè alcune leggi antiche non si sono riprodotte. Anzi appunto per ciò esse s'intendono abolite: *quas leges nunc referre non est necesse* (3).

---

(1) *Ad similia procedere*, è il requisito che richiede per l'autorità delle cose giudicate la l. 12, D. I, 3, *de legibus*

(2) L. 38, D. I, *de legibus.* — Fodera', pag. 96.

(3) L. 1, D. IX, 2, *ad legem aquiliam.*

99. Del pari in Francia ne'primi tempi della nuova legislazione, per ogni nome antico di legge non riprodotto ne'nuovi codici, si disputò se la cosa con tal nome disegnata avesse formato *materia* delle loro disposizioni. Così p. e. la legge del 2 fiorile, anno 2, avea punito come gravi reati alcune azioni contro gli agenti dell'autorità pubblica, sulle quali poi il codice penale fu muto. Qualche tribunale credette quelle azioni una materia non trattata dalle nuove leggi, e quindi pronunziò non abolita contro di esse la legge del 2 fiorile. Ma il consiglio di stato osservò, che il codice aveva una *sezione* espressa, intitolata: *Resistenza, disubbidienza, ed altri mancamenti contra l'autorità pubblica* (1); e quelle azioni entravano in tal categoria. La *materia* dunque, o sia il subbietto al quale esse appartenevano, era stato regolato dal codice. Fu quindi deciso non esser *dubbio* nè *oscuro*, che le azioni tutte di questo genere, quando la *sezione* del nuovo codice non ne parli nominatamente, debbano dirsi cancellate dal numero de'reati (2).

100. E venne stabilito in massima » che debbano tenersi per abrogate tutte le antiche leggi, » tutti gli antichi regolamenti, che riguardano *materie* regolate dal codice, anche quando queste leggi e questi regolamenti prevedessero casi, i quali » pretermessi dal codice stesso, vi si riattaccassero e » potessero starvi insieme. Non possono certamente » dirsi trattate le *materie*, sulle quali il codice racchiude qualche disposizione sparsa e staccata e non » formante un *sistema compiuto di legislazione*. Così

(1) Lib. 3, tit. 1, cap. 3, sez. 4, cod. pen. fr.

(2) Avviso del consiglio di stato di Francia del 4 febbraio 1812 — Merlin repert. alla voce *Offense à la loi* — Decreto del 19 febbraio 1813 riportato da Sirey, XIII, 1, 250.

» p. e. debbono dirsi non trattate dal codice penale,
» ma esistenti ancora dopo di esso, le leggi ed i re-
» golamenti forestali, doganali, di polizia delle case
» da giuoco, ed altri: non mai però quelli i cui
» casi rientrano in una categoria e rubrica ch' esiste
» nelle nuove leggi, sì che queste ne contengano e ne
» svolgano a fondo tutta la *materia*. Che se non vi
» si trova qualche disposizione particolare statuita nel-
» le vecchie leggi, questo solo è una pruova che il
» legislatore ha voluto abrogarla (1).

101. Non fa però maraviglia, che nel 1804, nel 1805, e nel 1807 qualche corte o tribunale de' dipartimenti aggregati alla Francia, illuso da' nomi, avesse potuto credere che il *quasi-salviano*, o qualche cosa simile al *quasi-salviano*, non formasse oggetto delle nuove disposizioni del codice. La novità rendeva a molti *ambigua* ed *oscura* ogni cosa. Le stesse dispute noi troviamo intorno alle *donazioni* e intorno a' *testamenti*; e ciò ch' era particolar disposizione della legge antica sopra d'una *materia*, fu presa facilmente per *materia* e *subbietto principale*. Ma quando finalmente si stabilì che i rami di un sistema cadon tutti con esso, e che non possono più nella loro prima figura sussistere, ove il tronco da cui provenivano era stato trapiantato o distrutto, la qnistione si ridusse tutta a vedere, se quello di cui si disputava fosse *tronco* o *ramo*; cioè se fosse *genere*, *sistema* e cosa *sussistente da sè*, oppure dipendenza e disposizion parziale di un sistema. Or può mettersi in dubbio che il *quasi-salviano* non sia stato che un ramo dell' antico *sistema ipotecario* (2)?

---

(1) Parole del suddetto avviso del 4 febbraio 1812.

(2) Negusanzio, Merlino, ed altri, non ne trattano che nelle loro opere *de pignoribus et hypothecis*. — V. sup. § 65.

Può mettersi in dubbio che nelle nnove leggi il *regime ipotecario* formi un sistema intero e compiuto di legislazione? Invano dunque il *quasi-salviano* si vuol far oggi sussistere nella sua vecchia figura, anzi col vecchio suo nome, sol perchè non si vede più nominato; invano si vuol dimostrare che qualche sua forma sia compatibile col nuovo sistema. Dato anche ciò per vero, non possiamo più nominarlo, che per farne oggetto di erudite contese.

102. Sciolto ogni dubbio di *oscurità* o di *ambiguità* intorno all' abolizione dell' antica forma del *quasi-salviano*, consideriamo ora le tre suddette decisioni (*sup.* § 95) sotto il secondo aspetto dell' epoca e delle circostanze in cui vennero pronunziate (*sup.* § 96). — Abbiamo osservato che il *sistema compiuto* di una legislazione si fa non solo con le leggi che fissano i *dritti*, ma anche con quelle che determinano la *procedura* o sia il *modo* onde esercitarli (*sup.* § 55 e 74). Ora in Francia il libro V del *cod. di procedura*, ov' è il compimento della *legislazione ipotecaria*, non fu pubblicato che nel dì 1 di maggio 1806, nè fu messo in esecuzione che al 1 di gennaio 1807 (1), mentre il codice civile era stato già pubblicato e messo in attività nel 1804. Anzi le procedure instituite con l' antico rito vennero anche dopo il dì 1 di gennaio 1807 proseguite col rito medesimo (2). *Nimes* dunque e *Torino* nel 1804, nel 1805, ed in gennaio 1807 pensarono unire il nuovo dritto col vecchio rito; e non avendo ancora una legge separata e distinta in ordine alla *procedura*, seguirono l' antica, e col codice nuovo la confusero.

---

(1) Art. 1041 cod. di proc. civ. fr.

(2) Avviso del consiglio di stato di Francia del 6 e 24 febbraio 1807. Sirey, VII, 2, 54.

103. Ed anche ne' dominii di qua del Faro il codice civile di Francia fu messo in attività tre mesi prima del codice di procedura. Così pure il compimento della forma delle *donazioni* e de' *testamenti per atto pubblico*, ch' era nel *regolamento notarile*, non fu posto in pratica che venti mesi dopo. In questi intervalli la necessità mescolò le vecchie forme al dritto novello (1), e non sempre senza taccia di mostruosità e d'incoerenza. Se ciò fosse avvenuto in Sicilia, ad onta del codice che aboliva l'antico sistema ipotecario, non sarei stato scandalezzato se si fosse ancora usato il *rito salviano*, quando la procedura non fosse stata ancora abolita. Per lo che la straniera giurisprudenza di questi tempi risentì tutta la incertezza dei primi passi di chi cammina per luoghi sconosciuti e con guide contrarie d'indole e di principii. Volerne ora trarre le cose giudicate ad esempio, sarebbe l' istesso che prender consiglio dall'infanzia.

104. Certo è che messo che fu in esecuzione il codice di procedura civile, quell' *immissione in possesso* secondo le antiche constituzioni locali, che il Fodera' crede simili al *quasi-salviano*, anche in *Nimes* ed in *Torino* cessò (2). E che i raccoglitori di siffatte decisioni l'avessero creduta anche allora più *mezzo di procedura*, che *dritto*, non lieve argomento è il titolo dell' opera nella quale inserirono le decisioni medesime (3). Noto è però ch'esse non vennero in seguito nominate più, nè tratte ad esempio, nè passate in alcuna collezione di giurisprudenza universale.

---

(1) *Necessitas constituit ius*, L. 41, D. I, 3, *de legibus*.

(2) Decis. di *Nimes* del 21 febbraio 1821 in causa *Lafond*; di *Pau* del 20 marzo 1822 in causa *Lacroix*, etc. etc. — Sirey XXI, 2, 274. XXII, 2, 223.

(3) Annales du code procedure civile par Rocca e Coller, 1807.

105. Per evitare queste incertezze il nostro AUGUSTO LEGISLATORE pubblicò poi nel 1819 con un solo decreto tutto il suo codice, *Dritto* e *Procedura*; e prescrisse che sebbene qualche parte di esso avesse ottenuto prima la sua real sanzione, e qualche altra dopo, non debba mai dirsi l'una anteriore, e l'altra posteriore: l'intero codice dee considerarsi *come sanzionato e pubblicato nel medesimo atto* (1). La prima parte di questo codice presenta un sistema compiuto de'*dritti ipotecarii*; la terza, del *modo* e della *forma* onde esercitarli. La *materia* dunque n'è tutta regolata da esso. Per la qual cosa se le leggi nuove abolirono tutte le antiche *nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute ne'nuovi codici* (2), il *quasi-salviano* antico è tutto abolito, o sia è tutto conformato al nuovo rito.

106. Nulla dunque (si ripiglia) nulla dell'antico *quasi-salviano* costituirà un *dritto acquistato*, tal che almeno nelle antiche ipoteche debba esserne temporalmente conservata oggi una parte? Questo è il soggetto del *cap.* seguente.

---

(1) Art. 3 della legge del 26 marzo 1819.

(2) Così pure si espressero il decreto del 22 ottobre 1808, e la legge del 21 maggio 1809. Se non che, come sopra abbiame osservato al § 103, nel 1 genn. 1809 si posero in attività le ll. civili: non così le ll. di procedura civ. che venner poste in attività tre mesi dopo.

CAP. VII.

QUARTA PARTE.

Dritti acquistati sotto l'impero delle antiche leggi relativamente al quasi-salviano.

107. Di tutti i *dritti* che possono vantarsi alla *procedura* del *quasi-salviano*, quello che solamente è a cuore di chi ancora lo invoca, è l'*immissione* del creditore nel *quasi-possesso de' beni ipotecati*. Ma *in primo luogo* la natura di questo dritto è tale, che non essendo un *dritto propriamente detto*, non può più mantenersi vivo nell'abolizione della *procedura* che lo sosteneva: *in secondo luogo*, ancorchè fosse un *dritto propriamente detto*, la sua conservazione sotto le nuove leggi è proscritta: *in terzo luogo*, ancorchè una tal proscrizione fosse incerta, l'*immissione* che ancor si desidera, non è compatibile colle altre disposizioni della nuova legislazione. — Entriamo a parte a parte in queste dimostrazioni.

108. Il *primo assunto* è una conseguenza di quanto sopra abbiam dimostrato. *Triplice* è il *dritto propriamente detto*, il quale in ordine al *quasi-salviano* posson dire i *creditori ipotecarii* di aver acquistato sotto le antiche leggi (*sup.* § 82): il resto, ed in ispezialità la vantata *immissione in possesso*, è modo di esecuzione, e procedura (*sup.* § 57 e *segg.*). Ma quel *dritto triplice*, tutto quanto esso è, è conservato nelle leggi nuove (*sup.* 76). Della *procedura* poi vi è conservato ancora l'andamento, ma non gli atti particolari; ed appunto all'atto particolare della *immissione in possesso* sono stati surrogati altri più forti, i quali sono in armonia con lo spirito in generale della nuova legislazione, e con le sue dispo-

sizioni particolari (§ 84). A questi dunque dobbiamo ora appigliarci.

109. Imperocchè non è nuova la teoria che le leggi di *competenza* e di *procedura* s' impadroniscono dei giudizii, anche pendenti, all' istante della loro pubblicazione (1). Anche nel dritto romano era costante la massima, che la *non retroattività* delle leggi non riguardava che il *dritto propriamente detto* (*sup.* § 54). *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari* (2); e Perezio avvertì, che la parola *negotium* significa qui non *lite*, nè atto di *forma* o di *ordine di giudizii*, ma *dritto propriamente detto*; poichè le leggi di forma e di ordine de' giudizii debbono eseguirsi così per la tutela de' dritti acquistati prima di esse, come per quella de' dritti acquistati dopo: *tempus enim contracti negotii, non litis motae inspici debet*, NISI LEX SIT, QUE AD FORMAM ORDINEMQUE IUDICIORUM PERTINET (3). Che se in Francia e ne' dipartimenti francesi questa regola soffrì qualche eccezione a motivo del divario del tempo in cui venne il codice di procedura promulgato (*sup.* § 102), le nostre leggi organiche hanno indistintamente statuito: *le forme e l' ordine da osservarsi ne' giudizii saranno regolate a norma del prescritto nel nostro codice sulla procedura civile e criminale* (4); nè fanno in ciò alcuna distinzione.

---

(1) Supplimento alle collezione delle leggi, serie civile, n. 8, 10, 11. — V. *sup.* il § 68.

(2) L. 7, C. I, 14, *de legibus.— Transacta finitave ea de re rata sunto*, era la clausola che soleva accompagnare le leggi. L. 1 § fin. D. XXXVIII, 17, *ad S. C. Tertyll. et Orph.* L. 229, *de verb. sign.*

(3) Ad lib. I, tit. 14, Cod. n. 7.

(4) Art. 215 l. organica 29 di maggio 1817 per Napoli, art. 237 l. 7 di giugno 1819 per la Sicilia.

110. Qui dunque sarebbe finito il nostro lavoro Ma anche la regola della non retroattività delle leggi in ordine a' *dritti propriamente detti*, ha le sue eccezioni: e la prima di esse è: *nisi nominatim de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit* (1). Or supponendo ancora che la suddetta *immissione* non appartenga affatto all'*ordine* ed alla *forma* del giudizio ipotecario, ma sia un *dritto propriamente detto*, noi intendiam dimostrare che la legge nuova è tale che non ne permette l'esercizio (*sup.* § 107).

111. La legge nuova ne' *dritti ipotecarii* esige ch' essi sieno *conservati* nell' *ufizio delle ipoteche* (2). Ma niuna ipoteca può esser conservata sotto le leggi nuove, se queste non ne tollerino l' esistenza o per regola generale o per eccezione. Or ci si dica: l'ipoteca sul *dritto d'immissione in possesso* è ella tollerata *per regola generale*, ovvero *per eccezione*?

112. Per regola generale le leggi nuove non tollerano ipoteca, se questa non è *speciale* sugl' immobili particolarmente disegnati nell' atto del contratto, ugualmente che sopra i suoi accessorii. Se dunque il percepimento de' frutti si prende come un *accessorio* ed una conseguenza dell' *azione ipotecaria*, il dritto ne è certamente conservato col dritto principale. Ma ammesso ciò, dee pure ammettersi che per ridurre ad effetto un tale accessorio della ipotecaria, l' azione per lo conseguimento di esso dee seguir l' andamento della ipotecaria stessa: il che ci mena al *sequestro* ed all' *immobilizzazione de' frutti*, non alla *immissione nel possesso* (*sup.* § 86); ed

(1) D. L. 7 C. *de legibus.*
(2) Art. 2040 e segg. ll. cc.

in questo caso per la via stessa che i contrarii sono ostinati a battere, non posson essi giungere che alla nostra conseguenza medesima.

113. Che se poi il *godimento* e la *detenzione*, e l'*amministrazione momentanea* del fondo in cui l'ipoteca è conservata, si prende come un dritto sussistente da se stesso, allora non essendo questo un *immobile*, che è la sola classe riguardata dalla regola generale, dobbiamo ricercare nelle eccezioni se vi sia modo per tal conservazione. Or comunque noi guardiamo la cosa, la legge nuova non dà alcun modo per conservar questo dritto sotto un tale aspetto. Non lo dà se si guarda la sua origine sotto le vecchie leggi; non lo dà se si guardano le disposizioni nelle quali ei ricade nelle leggi nuove; non lo dà se si guardano le formalità del passaggio dalle une alle altre.

114. Per quel che riguarda le leggi vecchie, noi abbiam dimostrato che anche sotto il loro impero, questo *godimento progressivo*, questa *amministrazione*, questo *quasi-possesso*, non era dritto ipotecario, ma modo di esercizio del dritto ipotecario medesimo (*sup.* § 59). Or dove non è *ipoteca acquistata*, non può essere *ipoteca conservata*.

115. Se poi si guardano le leggi nuove, abbiamo già osservato che per *regola generale* (*sup.* § 112) i soli immobili sono succettibili d'ipoteca; e ne'dominii di qua del Faro la legge del 3 gennaio 1809 ammise *per eccezione* la conservazione delle ipoteche solamente sopra i *beni futuri*, sulla *universalità dei beni*, sulle *rendite costituite*, su' *canoni* e sulle altre *prestazioni redimibili* (1). A niuna però di queste rubriche la *immissione in possesso* del *quasi-salviano* appartiene.

---

(1) Art. 91 e 96 della legge 3 gennaio 1809.

116. Non appartiene a' *beni futuri;* perchè questi dovrebbon esser tali, che le nuove leggi vi ammettessero *ipoteca.* Ma il danaro contante, i nuovi crediti, i mobili acquistati dopo le nuove leggi, non entrano in rapporto alle antiche *ipoteche* fra que'*beni futuri* su' quali possan esse venir conservate. Se dunque il *quasi-salviano* non è che un dritto di amministrazione e percepimento di frutti, cosa tutt' altra che immobile, la quistione non è risoluta con l' indicazione di beni futuri.

117. Non appartiene alla *universalità de' beni*; perchè o il *godimento* ed il *percepimento* de' frutti si considera da un lato come appendice del dominio nel debitore, e dall' altro come appendice del *dritto ipotecario* nel creditore, ed in questo caso l' *appendice del dominio*, e l'*appendice del dritto* seguono l' indole della nuova legge: poichè i modi di procedere e gli effetti del possesso e dell' amministrazione sono tutti da essa regolati: nè il debitore nè il creditore possono procedere nè amministrare altrimenti che ne' modi e co' pesi e co' riguardi in essa stabiliti. O poi si considera isolatamente, e noi abbiamo osservato che nemmeno l' *anticresi* isolata dalla *ipotecaria* dà un dritto *in re* (*sup.* § 71): essa non produce che un' *azione mobiliare*, e sopra *mobili* non eccettuati dalla legge nuova noi non abbiam oggi alcun modo per conservar l' *ipoteca* (1).

118. Nè il *quasi-possesso* del *quasi-salviano* può appartenere alla rubrica di quei *mobili*, che formano eccezione al divieto della conservazione della *ipoteca su' mobili.* In questa eccezione vanno le *rendite costituite*, i *canoni* e le altre *prestazioni re-*

(1) Art. 2114 e 2118 del cod. civ. fr. — Art. 2000 e 2005 ll. cc. nap. — Sirey, decis. del 17 marzo 1807 in causa *Guichard*, VIII, 1, 158.

dimibili (1) obbligate sotto le vecchie leggi. Or l'*immissione in possesso* autorizzata dal *quasi-salviano* potea ben cadere sopra *rendite costituite* e *canoni* e *prestazioni redimibili*, ma ella non era *canone*, nè *rendita costituita*, nè *prestazione redimibile*. Il quasi-possesso dunque nel *quasi-salviano* è rimasto assorbito nella proibizione generale, e non ha modo oggi di conservazione ipotecaria.

119. Nè il real decreto del 21 giugno 1819, il quale indicò le formalità dell'*inscrizione* delle antiche ipoteche ne' reali dominii di là del Faro, alterò punto queste disposizioni. Il decreto ammise la conservazione degli antichi dritti ipotecarii sopra le rendite e le prestazioni, purchè *nell'atto della inscrizione* si fosse dichiarata *in numerario la somma alla quale equivalgono* (2). E ciò può ben farsi ne' canoni, nelle rendite costituite, ed in tutte le prestazioni certe redimibili. Ma le rendite in generale ed i prodotti di un intero patrimonio, come mai si potrebbe preventivamente ridurre ad una somma certa di danaro contante? Si prenderà forse per norma l'*imponibile fondiario*? Ma nel regno di *Trittolemo* e di *Cerere* è forse misura costante della rendita l'*imponibile fondiario*? L'avanzo allora al di là dell'*imponibile* dovrebbe sfuggire alla *ipoteca*, ed il fondo avrebbe due possessori, due amministratori, due percettori di frutti: germe assurdo di guerra di cui non so se altro possa immaginarsi peggiore.

120. Che se poi volesse dirsi che questa *immissione in possesso* nasca da quella parte di pro-

---

(1) L'art. 529 del cod. civ. fr., e l'art. 452 delle ll. co. nap. le dichiara *mobili*.

(2) Art. 4, n. 3, real decr. 21 giugno 1819.

prietà che nell'atto della constituzione della ipoteca alcuni immaginarono acquistare il creditore sul fondo (*sup.* 26 e 32), dovrebbe allora questo dritto conservarsi come ogni altro passaggio di proprietà. Le formalità ne sarebbero prescritte per la Sicilia di qua del Faro con la citata legge del 3 gennaio 1809, e per la Sicilia di là col real decreto del 21 giugno 1819. Ma qual creditore ipotecario potrebbe pretenderlo senza far sorridere finanche il conservatore nell'atto stesso dell'offerta dei dritti di tariffa ? Quel dominio e quel possesso metafisico (*sup.* § 31) all'apparire del nuovo codice sono interamente svaniti, non solo perchè questo abborrisce ogni vana sottigliezza di diritto, ma anche perchè lor non porge alcun modo per adempiere alle formalità del passaggio (1). Nomi abusivi, anzi ombre essi erano sotto la vecchia legge, e meno che vane ombre son considerati sotto l'impero della nuova; anzi vi rimaser fra quelle che per mancanza di chi le traghettasse per prezzo, invano

Stabant orantes transmittere cursum,
Tendebantque manus ripae ulterioris amore (2).

121. Chabot de l'allier, ... e chi potrebbe degnamente trattare una *quistion transitoria* non volgendosi alle opere di sì illustre scrittore? Chabot, allegato in contrario, rischiara le antiche massime, che una legge nuova non solo non può distruggere in tutto nè in parte il carattere d'irrevocabilità ricevuto da un anterior contratto per effetto della volontà delle parti e delle leggi allora esistenti, ma non può apportare alcun cangiamento alla natura, nè agli effet-

(1) Parole dell'art. 7 del d. real decr. 21 giu. 1819.
(2) *Navita sed longe submotos arcet arena.* Virg. Aen. VI, 313. — V. la *nota* 1 alla pag. 35.

ti, nè all' eseguimento di esso (1), e specialmente ove si tratti di *diritto reale*. Stipulato questo una volta, non può esser mai da leggi posteriori abolito nè alterato nè modificato, ancorchè ciò fosse per gli effetti che può produrre dopo la loro pubblicazione (2). Ma dice forse Chabot che l' esser pagato in questo o in quel modo sia un *dritto acquistato*? Ciò proverebbe troppo; perchè non vi è articolo nuovo nella nuova procedura, che non faccia variare il modo onde esercitare un dritto antico in giudizio.

122. Ben è da osservarsi con Sirey e con Chabot, che nella esecuzione, la quale oggi si dà a' contratti antichi, debbono distinguersi i loro *effetti necessarii*, dalle loro *conseguenze accidentali* (3). Si dee p. e. decidere a chi apparterranno i frutti pendenti alla fine di un usufrutto, constituito sotto le antiche leggi? È un *effetto necessario* del contratto. Dunque non possiamo dipartirci dalle leggi sotto le quali il contratto fu celebrato (4). Ma quando la nuova legge non fa che regolare il modo di esecuzione del contratto preesistente, questa esecuzione è un atto che si fa sotto il di lei impero. Qui dunque la nuova legislazione *agisce* sopra il presente, non *retroagisce* sopra il passato (5).

123. La sopra citata legge del 3 gennaio 1809 non permetteva conservazione d' ipoteca antica, se il creditore non si fosse uniformato agli *art.* 2148 e 2149 del cod. civ. Il decreto del 21 giugno 1819 ordina di conformarsi agli *art.* 2042 e 2043 delle ll. cc. i quali dicono il medesimo. Solo dunque quel ch' è in-

---

(1) *Questions transitoires*, alla parola *contrats*, ediz. del 1809, I, 134.
(2) Idem, ibid. alla parola *droits acquis*, I, 378.
(3) Sirey sull' art. 2 del cod. civ. fr.
(4) Idem, Recueil, XVIII, 1, 382.
(5) Idem, ibidem, X, 2, 41.

dicato in questi *art.*, è capace di conservazione e non altro. Ivi è detto che debba indicarsi con precisione la somma del capitale del credito e de' suoi accessorii sopra i beni, de' quali dee dirsi la situazione. Può aggiungervisi forse anche il modo dell' adempimento? Può dirvisi che questi dritti debbono esercitarsi per via della *immissione* del creditore nel possesso di questi beni? Tutto ciò è abbandonato alla esecuzione; e se si chiede di farlo anche adesso, o come un dritto per se medesimo, o come una parte del dritto ipotecario, noi rispondiamo: è stato egli conservato un tal dritto? poteva esserlo? Il solo silenzio del *codice* e della *legge transitoria* del 1809, non meno che delle *ll. cc.* e della *legge transitoria* del 1819, ne soffoga finanche il desiderio (*sup.* § 111).

124. In una delle allegate decisioni della corte di appello di *Torino* (1) si dice: » l' impossessamento » de' frutti i quali si danno o come un pegno, o come » un' ipoteca, o come una garentita di pagamento, » può ben continuare ad accordarsi sotto le nuove leggi ». I membri però di questa proposizione non presentano tutti la ordinaria precisione delle decisioni di quell' illustre collegio.

125. *Frutti che si danno come un pegno.* — Le nuove leggi danno a' *frutti* il nome generico di *pegno* solamente quando il godimento se ne volge in *anticresi* (2); e questa abbiam dimostrato che non ha che fare con la nostra quistione (*sup.* § 73). — *Frutti che si danno come un' ipoteca.* — Abbiamo

---

(1) La prima; quella cioè del 1804, pronunziata due anni prima della pubblicazione del *cod. di pr. fr.* (*sup.* § 102).

(2) Art. 1941 e 1942 ll. cc. — V. sup. i §§ 19 e 20 e le note quivi sottoposte.

fatta la distinzione de'*frutti pendenti* su' quali ha l'ipoteca tacita il padrone del fondo per la mercede che gli deve il colono (*sup.* § 75), da' frutti staccati dal suolo, i quali sono assolutamente *mobili* ed incapaci di conservar l'*ipoteca* (*sup.* § 71). Qual *impossessamento* può pronunziarsi sopra di questi? — *Frutti che si danno per una garentia di pagamento.* — Ugualmente questi escono dalla quistione: perchè noi trattiamo della *immissione in un possesso continuo fino al soddisfacimento del debito*, e questa non ha che fare con la vendita condizionata de' frutti pendenti, nella quale si risolve il dare i frutti per *garentia di un pagamento*. Rimane dunque dimostrato che questa *immissione in possesso*, considerata per sè come un dritto, non è capace di essere conservata per agire oggi sotto le nuove leggi con quella forza medesima con cui agiva un tempo sotto le antiche.

126. E qui ci facciamo strada al nostro *terzo assunto* (*sup.* § 107). Ancorchè volesse credersi non necessaria la conservazione di questo preteso dritto, pure indipendentemente da ciò, esso sarebbe *incompatibile* con tutto il nuovo sistema (1).

127. La legge nuova, se si eccettua la coazion personale, non conosce altri mezzi di esecuzione giudiziaria per la soddisfazione di un credito, fuor che o il *sequestro de' frutti pendenti* e *dei mobili*, o la *spropriazione degli stabili*. A quale delle due specie di esecuzione apparterrà questo impossessamento? Forse alla prima? Ma la legge nuova esclude il creditore pegnorante finanche dalla facoltà di essere *depositario*, non che *possessore e raccoglitore de'frutti pendenti* (2). Questa sola contraddizion formale tra le

(1) È l'altro principio di Chabot de l'Allier.
(2) Art. 688 e 719 delle nostre leggi di procedura civ.

disposizioni della legge nuova e l' *immissione in possesso del quasi-salviano*, mostra evidentemente l' abrogazione di questa, ed il modo diverso di esecuzione che vi è surrogato (1).

128. Che se vogliam rivolgerci alla seconda specie, cioè a dire alla *spropriazione*, noi ne abbiam parlato abbastanza. Incompatibile è un giudizio essenzialmente universale fra tutti gl'interessati (*sup.* § 85) con un giudizio particolarissimo tra creditore e debitore, qual è il *quasi-salviano*. — Ma potrebbe dirsi: chi vieta cominciar da questo, e poi nel bisogno passare a quello (2)? Niuno, rispondiamo noi, quando si tratta di adempimento di contratti. Ma non tutto quello che può essere convenuto fra le parti, può ordinarsi per via giudiziaria senza che sia stato espresso nel contratto. Io vi do in affitto la mia casa: la lite che ho con voi per la mercede è tutta particolare: voi potete cedermi i frutti di un vostro fondo perchè io mi soddisfaccia da essi. Ma se per sicurezza della mercede voi mi avete ipotecato questo fondo, io non posso correre ad impossessarmene per questo solo che vi ho un *dritto reale*: questo modo non mi è dato nel contratto; non mi è dato dalla legge: mi è dato bensì il dritto alla *spropriazione*, il quale è in tanta opposizione con l' *impossessamento di fatto*, che va all' *immobilizzazione* e *deposito de' frutti*, non al loro *godimento*. Così pure particolarissimo è un giudizio per l' osservanza di un *contratto anticretico*; ma se venuto il dì del pagamento, questo si vuol ottenere

(1) Sirey, IX, 1, 222.

(2) La sopraddetta decisione della corte di *Torino* dice: » l' impossessamento non esolude affatto che i creditori i » quali si credono fondati in anteriorità o privilegio facciano » i necessarii sperimenti per la soddisfazione de' loro crediti, » e per agire, se è necessario, con la *spropriazione forzata*.

per mezzo della giustizia, il *creditore anticretico* non può farlo altrimenti che domandando *con mezzi legali la spropriazione del fondo* (1). Noi non sosteniamo già che il debitore non possa offrire il suo fondo al *creditore* come ad un *compratore di frutti*, cui questi cedono *in solutum* del debito (2), oppure come ad un *conduttore*, come ad un *amministratore*, come ad un *detentore anticretico*; nè che costui non possa accettarlo. La disputa è se in difetto della mutua e concorde volontà delle parti, possa il giudice far egli quest' istesso, come un *mezzo di giudiziaria esecuzione*.

129. Ed ammesso il *salvianista* nella possessione del fondo, con qual carattere lo considererà un altro *creditore inscritto*? Nell'antico rito essi avrebbero disputato fra loro *de ipso iure pignoris*; e l'uno avrebbe scacciato l'altro dal *quasi-possesso* (*sup.* § 43). Oggi questo rito sarebbe incompatibile colle ll. di procedura. Perciocchè il secondo creditore dee cominciare sempre col precetto e col pegnoramento, e tosto dee trascriver questo all'ufizio delle ipoteche. Che può allora avvenire? O ch'ei non vi trovi precedentemente trascritto il pegnoramento del *salvianista*, o che ve lo trovi. Nel primo caso l'espropriante, in forza della nuova legge, si avvierà senza ostacoli, nè ha dovere di rispettare il quasi-possesso del *salvianista*, il quale è considerato da lui al pari d'un colono, al pari d'un affittatore, al pari d'un amministratore o un creditore anticretico, e in conseguenza come persona che non ha alcun *dritto reale* a questo possesso, e che perciò non è più *salvianista* ai termini delle vecchie leggi. Se poi il *salvianista* si avviò co' modi nuovi

(1) Art. 1958 e 1961 ll. cc.
(2) Sup. § 14, pag. 41, nota 2.

del *precetto* e del *pignoramento*, e senza incontrare ostacolo ripiegò poi all' antico rito, il nuovo creditore che non lo trova nel proseguimento degli atti indicati dalla legge nuova, gli è surrogato di dritto; egli prosegue il pegnoramento e rende ugualmente vano il *quasi-possesso* di lui. Qual *dritto reale* è mai questo, se non ammette concorso di altri dritti reali?

130. Ripetiamolo: l' *ipoteca* è un *dritto reale* nel fondo; ma *dritto* che si ha per esser soddisfatto del debito. Non è *dritto* al *possesso*, come non lo è al *dominio*: è *dritto* bensì ad esser pagato dal fondo; e per fondo s' intende non la *nuda proprietà*, non i *soli frutti*; ma *proprietà e frutti insieme*. Lo sperimentare il dritto prima su' *frutti* e poi sulla *proprietà*; il sequestrare gli uni indipendentemente dall' altra, o sequestrar questa, e in conseguenza di questa anche quelli; il concederne l' amministrazione al debitore stesso qual *sequestratario giudiziario*, o al creditore, o ad estranei, sono *modi di esecuzione*, cui la legge varia secondo che crede utile al ben pubblico; ed a questi *modi*, secondo che essi al momento non del contratto, ma della lite trovansi stabiliti, debbono uniformarsi le parti.

131. Che diremo poi quando consulteremo lo spirito in generale della nuova legislazione, il sistema delle contribuzioni, e gl' interessi del commercio? La prosperità dell' agricoltura fa abborrire tutti i contratti, tutte le instituzioni per le quali un fondo possa essere lungamente nelle mani di chi non ha interesse a migliorarlo. Quindi fra le ragioni dell' abolizione de' fedecommessi, non ultima è quella che gli attuali godenti hanno interesse di sfruttarne, non di migliorarne i beni; che le grandi piantagioni, i grandi esperimenti agricoli non possono farsi da chi non è libero proprietario; e che chi non è tale, cerca

moltiplicare e prendere anticipati i prodotti attuali in pregiudizio di chi dopo di lui sarebbe chiamato, il quale alla sua volta cercherà ristorarsene appropriandosi finanche i germi delle speranze future (1). E perchè il *dritto di ricompra* non può stipularsi per un tempo maggiore di cinque anni (2)? E perchè gli affittì al di là di anni nove, benchè valevoli fra persone capaci di contrattare, sono messi nel conto delle alienazioni (3)? La legge che in tutti i casi è sì sollecita di tenere nel possesso delle proprietà coloro soltanto che hanno interesse di ben coltivarle e migliorarle, ne farà poi l'abbandono in mano del creditore, il quale irritato dalla resistenza del suo debitore, irritato dalle procedure che ne sono le conseguenze, può ben esercitarvi il potere di un nemico che le devasti, non mai le cure di buon cultore e di amico?

132. Nè vale il dire ch' egli è soggetto a' conti; che ognuno è obbligato ad amministrare da buon padre di famiglia; che la colpa ed il dolo non si presumono. Belle voci, ma per lo più vote di effetto. L' industre diligenza del padrone è ben altra che quella di un amministratore della roba altrui, e di un amministrator *salvianista*.

133. Fu dunque provvida la legge, quando statuì che nel tempo del giudizio della spropriazione non sia sempre necessario un amministrator giudiziario che prenda cura de'fondi, ma che questi possano lasciarsi piuttosto in mano del debitore stesso, il quale allora più che mai è interessato a farne crescere il va-

---

(1) Bigot-preameneu, *motifs exposés sur la loi concernant les donations entre-vifs et les testaments.*

(2) Art. 1506 e 1507 delle nostre nuove leggi civili.

(3) Delvincourt, all' art. 1709 del cod. civ. fr.

lore (1). E provvidissima per la ragion contraria fu ancora, quando vietò che i frutti pendenti si consegnassero al creditore (2). La legge antica permetteva indefinitamente al nuovo compratore di espellere gli affittatori antichi da' fondi: la legge nuova rispetta costoro sol perchè chi per tempo determinato prende un fondo in affitto, dee prepararne tranquillamente la coltura senza timore di esser espulso prima del termine, e per cause indipendenti da lui (3). Per contrario chi ha un affitto anche per titolo autentico al di là di anni nove, se questa specie di *alienazione* (*sup.* § 131) è stata fatta dopo l'inscrizione di un credito, ancorchè il fittuario sia uno de' creditori inscritti, la legge nel *giudizio ipotecario* l'espelle (4); perchè il debitore non poteva in pregiudizio d'altro creditore fare una specie di alienazione della superficie del fondo ipotecato (§ 131). Or la legge stessa ch' espelle il creditore inscritto, quando il suo affitto, comecchè con titolo autentico, è per un tempo determinato, ma al di là di nove anni, rispetterà poi il *creditore salvianista* a tempo indeterminato? Quella che non rispetta altrimenti i fittuarii a tempo non maggiore di anni nove, se non per l'*interesse dell' agricoltura* (5), rispetterà il *salvianista* in cui se ne teme il flagello?

---

(1) Art. 688 cod. di proc. civ. fr. — Art. 766 delle nostre ll. di proc. ne' giudizii civili.

(2) Art. 598 cod. di proc. civ. fr. — Art. 688 delle nostre ll. di proc. ne' giudizii civili.

(3) Delvincourt, all'art. 1739 del cod. civ. fr. nota 11.

(4) Delvincourt, loc. cit. n. 10, ne fa una discussione di giurisprudenza. Noi lo troviamo testualmente statuito nel § *ult.* dell' *art.* 769 delle ll. nostre di pr. civ. aggiunto all'*art.* 674 del *cod. di pr. civ. francese.*

(5) Parole del Delvincourt loc. cit. d. nota 11 all'art. 1739 cod. civ. fr.

134. Certamente chi, poste da banda le passioni private, si eleva alquanto fino alla mente ed alla ragione della legge, con qual occhio potrà egli guardare un *salvianista*? Avido costui di presto ricuperare il suo danaro, timido che altri non gli contrasti il suo dritto, con tutte le passioni di litigante, con tutte le passioni di creditore, le quali certamente non sono le più nobili dell'animo umano, vorreste voi che si occupasse a prosciugare le terre paludose, a dissodare e rendere irrigue le salde, a formare una siepe, non che un muro o riparo altro durevole, a raddoppiare e triplicare il ricolto, a mettervi accanto le manifatture omogenee, ad innalzare macchine idrauliche, a commetter piante da lontane contrade, a migliorare le indigene e farne un utile semenzaio, a cambiar coltura secondo le fasi del commercio, ed al genere soprabbondante ed avvilito sostituire a grandi spese il più ricercato e il più raro? Vorreste voi che decorasse di fabbriche un suolo abbandonato; che cambiasse di destinazione quelle che sono superflue o di poco uso; e che per rendere grate anche al pubblico le altrui possidenze vi chiamasse l'architettura e le altre belle arti; indizio senza equivoco dell'abbondanza e felicità pubblica sotto gli auspici di leggi savissime? Farà molto e sarà provvidissimo, se si contenterà di lasciar le cose come sono, fino a tanto che la mancanza dell'azion continuata dell'arte le restituisca tutte all'impero indomito della natura selvaggia (1).

---

(1) Gli ultimi siciliani scrittori di economia pubblica si dolgono di tutti questi mali riuniti sul suolo il più fertile ed il più vario di Europa, la cui storia dimostra a qual grado di civiltà e potenza esso giunse appunto per la fecondità e per la ricchezza. Ed una tra le cause distruggitrici di tanta gloria e prosperità, non è forse l'uso pervicace del *quasi-salviano*?

135. I quali mali, già troppo gravi per se medesimi, vanno poi al di là di ogni misura, quando i casi stessi, i quali per *interpetrazione* ed *analogia* furon portati al *quasi-salviano* (*sup.* § 28 e 29), vengano sì fattamente ad estendersi ad altri casi e ad altri, ch'egli piombi sugl' interi patrimonii inaspettato e contro ogni uso di legge, e perciò più fatale. Un esempio assai funesto può citarsene nel *quasi-salviano* accordato alla *duchessa di Sperlinga* sopra i beni del *duca* suo marito (1):

E questo fia suggel ch' ogni uomo sganni (2).

---

(1) V. le note 1 e 3 alla pag. 33. Daremo alla pag. 112 tutto il testo di questa decisione, come quella che forma l'epilogo di tutto ciò che si è detto a pro del *quasi-salviano* sotto l' impero delle nuove leggi.

(2) Dante, Inf. XIX, 19.

CAP. VIII.

APPENDICE AL CAPITOLO PRECEDENTE.

Applicazione della teoria alla causa di Sperlinga.

136. I *capitoli matrimoniali* della duchessa di *Sperlinga* furono nel 1802 stipulati in Palermo in *forma privata*: non ricevettero altra solennità, che di essere depositati presso un notaio. Vi fu però *espressamente convenuto di doversi ridurre in forma pubblica con tutte le clausole e patti soliti ad apporsi negli atti di simil natura* (1).

137. Avvenne la *separazion personale* degli sposi, caso non preveduto in quella scrittura. Dalla legge nasce ne' coniugi il reciproco dovere di alimentare l' un l' altro a seconda della scambievol fortuna: dovere che si verifica più comunemente nel marito; poichè d' ordinario la moglie è più bisognosa di lui, e va a far parte della casa di lui per esservi partecipe del suo nome e di tutti i beni ed i mali. Floridissima era allora la fortuna del *duca*: i tribunali di Sicilia del 1817 accordarono alla *duchessa* annue once 2400 (7200 duc.) con un terzo sempre anticipato.

138. Il *duca*, fin che potette, pagò puntualmente un sì splendido assegnamento. Ma, per ragioni indipendenti da lui, la sua rendita dal 1817 in poi andò scapitando ogni giorno. Già il sesto anno volgeva, e questa sua rendita era ridotta ad un terzo. Così egli nel 1823 fu costretto a rallentare qualche pagamento.

---

(1) Parole della desisione profferita in questa causa dalla gran-corte civile di Palermo nel 19 gennaio 1827. Tai capitoli però non furono ridotti mai in atto pnbblico ed autentico,

139. Nel 1819 venne posto in attività il nuovo codice; ed allora nella Sicilia oltre il Faro fu stanziato anche il modo della conservazione delle ipoteche (§ 119). La duchessa pretese conservare la sua *ipoteca dotale* per l' intera somma da lei e da' suoi promessa al marito: atto a lei *inutile* per il poco ($^1/_5$) che questi avea ricevuto; *nullo* per il resto ($^4/_5$) che non si era mai dato. Ma una *prestazione alimentaria* deriva da *azion personale*, e niuno ha pensato mai, nè ella stessa il pensò allora, di farne un *dritto dotale reale*. Questa obbligazione può esser *pura* per la sola *prima rata*: è essenzialmente *condizionale* per le seguenti (1); anche perchè ad ogni cangiamento di fortuna è *rivocabile* o *riducibile* (2). L' *arretrato* può constituire un *dritto reale*, quando determinato da una sentenza, questa s' *inscriva* nell' ufizio della conservazione delle ipoteche; e sempre comincia ad esser *reale* dal dì della *inscrizione*, non mai da quello del *titolo* da cui l'obbligazion personale deriva. Il credito annuo il quale successivamente matura, non è *ipotecabile in ispecie*, o sia nel suo particolare, perchè la quantità ed il tempo non se ne può preveder con certezza, nè determinare. Può solo prendersi l'*ipoteca* per una *somma eventuale*, ma determinata. Solo così il *dritto personale* può trasformarsi per gli effetti in un *dritto reale*; ma ciò, anche per *legge transitoria* (§ 119) abbisogna di precedente dichiarazione.—Principii son questi troppo conosciuti per dover essere dimostrati con citazioni di leggi positive.

---

(1) L. 4, D. XXXIII, 1, *de annuis legatis*.

(2) Art. 230 ll. cc. tratto da'principii sviluppati nel tit. del digesto, XXXIV, 1, *de alimentis legatis*. Tal riduzione fu dimandata dal duca fin dal principio della lite.

140. L'arretrato dell'*assegnamento alimentario* in favore della *duchessa* di *Sperlinga*, nel dì della sentenza del tribunal civile (1) era di once 723. 10, compreso il terzo da anticiparsi. Il tribunale le accordò *l'immissione nel possesso di tutti gl'immobili di proprietà del duca per tenerli in luogo di pegno e d'ipoteca, finchè co' frutti che di netto sarebbero andati a ricavarsi da' detti immobili, fosse venuta a soddisfarsi, 1, de' frutti della somma dovuta, 2, delle spese, 3, della somma stessa di once 723. 10.* — Vi aggiunse l'esecuzione provvisionale, non ostante appello.

141. Appellazione del duca per molti motivi. Quello che riguarda il nostro assunto fu, che contra ogni legge egli si vedea tolta di mano l'amministrazione dell'intero suo patrimonio, per debito cui bastava una sola annata di una picciola parte di esso (*sup.* § 76). Su questa appellazione nel dì 19 gennaio 1827 pronunziò la gran-corte civile di Palermo.

142. Ella trovò immodico l'abbandono nelle mani dell'attrice dell'intero patrimonio del marito, e ne detrasse una parte di cui permise a lui l'amministrazione. Intanto nel dì della decisione gli arretrati erano giunti ad once 4681. 26. 14; e l'attrice a misura che un terzo maturava, per via di semplici *conclusioni motivate*, ne avanzava la domanda in appello. Ma niuna sentenza li aveva a lei attribuiti, nè si era in alcun modo constituita ipoteca su di essi: debito puramente nascente da *obbligazione personale*, e derivante dalla qualità della *persona di coniuge*. — Pur tutta volta la gran-corte profferì *in grado di appello*, che fosse rigettata l'appellazione del *duca* ed eseguita la sentenza de' primi giudici. Se non che

(1) Nel dì 9 settembre 1823.

restrinse il numero de' fondi ne' quali permetteva l'*immissione in possesso*: essi però sono la miglior parte de' beni di *Sperlinga*. E poi *in prima ed ultima instanza* dichiarò ch'eran dovuti all' attrice anche gli altri arretrati fino alla somma di once 4681. 26. 14. e che anche per questa somma ella *a titolo di salviano* fosse immessa nello stesso possesso (1).

---

(1) La decisione è conceputa come segue:

» Atteso che risulta dalle produzioni che la sig. *Duchessa di Sperlinga* va creditrice contro del di lei marito nella somma di once quattromilaseicentottantuno e rotti per causa degli alimenti alla stessa dovuti: »

» Considerando che la legge non soffre che possa il debitore impunemente attrassare il pagamento dei proprii debiti, e che oltre alla sorte debbe il debitore pagare i frutti della stessa dal giorno della domanda in giustizia: »

» Considerando che tale credito ripete sua origine dai capitoli matrimoniali stabiliti tra le parti contraenti, i quali ebbero luogo sotto l'impero delle passate leggi; che in detti capitoli fu espressamente convenuto di doversi gli stessi ridurre in forma pubblica con tutte le clausole e patti soliti apporsi negli atti di simil natura; che per effetto di questo patto debbono intendersi inseriti nei capitoli stessi il patto essenziale in quelli di nozze, di ben trattare ed alimentare la moglie, e quello dell' ipoteca e del costituto: »

» Considerando che in vigor dei patti anzidetti può la moglie esercitare tutti i dritti che le passate leggi le attribuirono onde conseguir quello che l' era stato promesso ne' capitoli matrimoniali; che fra questi dritti era incontrastabilmente quello di potersi soddisfare per la via del *Salviano*; dritto che la nuova legge senza incorrere nel vizio di retroattività non le ha potuto ritogliere nello stabilire i diversi modi coercitivi di cui può avvalersi il creditore contro del suo debitore: »

» Considerando che le sentenze le quali fissarono gli alimenti dovuti alla moglie non furono quelle che le attribuirono il dritto che ripeteasi da' capitoli matrimoniali, ma solamente tassarono la somma annua cui questi alimenti doveano ascendere; che quindi incontrastabile era il dritto della mo-

143. Se la *gran-corte* abbia o no violato il principio del doppio grado di giurisdizione (1), se poteva estendersi a questi altri arretrati senza prima decidere l' azione già introdotta della *riduzione di essi* (*sup.* § 139), se abbia commesse altre violazioni di legge o di rito (2), non è nostro assunto indagarlo. Ma qual

---

lie a poter conseguire per via di *Salviano* su i beni del marito il soddisfacimento dei suoi crediti: »

» Considerando nel tempo stesso, che questo credito proveniva dalle sentenze le quali in causa di alimenti aveano assegnato alla moglie un' annuale prestazione, credito che la moglie alimentaria veniva oggi ad esperire contra il marito alimentante; e che per tal riguardo saria incivile il pretendere l' *immissione in tutti i beni del marito*, ma che è più conforme alla giustizia di lasciarsi in potere dello stesso quanto basta pel di lui decente e congruo mantenimento: »

» Che a ciò resta sufficientemente provveduto escludendo dal *salviano* taluni beni dalla moglie pretesi, e che la prima giustizia avea nella stessa sentenza aggiudicati: »

» Per tali motivi:

» In conformità delle conchiusioni del sostituto proccurator generale del Re: »

» Aggiungendo, riformando, emendando:

» Condanna il sig. duca di Sperlinga al pagamento di once 4681. 26. 14, dovute alla sig. duchessa per suoi alimenti maturati a tutto il dì 4 gennaio 1827 nel corso del giudizio in appello, e ciò una con gl' interessi legali al 5 per 100 da correre dal dì delle rispettive domande, *etc. etc. etc.*

(1) L'*art.* 528 delle *ll. di proc. civ.* avrebbe risoluta tal quistione, se si trattasse di dimanda di capitale co' frutti. Ma la dimanda non era di un capitale i era di alimenti che andavano di giorno in giorno maturando.

(2) Molti sono i motivi per annullamento proposti avverso la decisione. Fra gli altri si osservi, che la decisione non fu *pubblicata* come esigono la *legge organica* e le *ll. di proc. civ.* Nella *corte suprema di giustizia* per i dominii di qua del Faro questo è un mezzo di annullamento riputato di *dritto pubblico*. — V. le nostre *Quistioni di dritto* vol. IV, num. VI e VII, pag. 135, § 5 e segg., e pag. 144, § 3.

è il *dritto ipotecario* che ha riconosciuto la *gran-corte* nel credito della *duchessa di Sperlinga* per innalzarlo fino al *quasi-salviano?*

144. *Ne' capitoli matrimoniali* (così vien motivata la decisione) *fu espressamente convenuto di doversi gli stessi ridurre in forma pubblica con tutte le clausole e patti soliti ad apporsi negli atti di simil natura* (sup. § 136). *Per effetto di questo patto deggiono intendersi inseriti ne' capitoli stessi il patto, essenziale in quelli di nozze, di ben trattare ed alimentare la moglie, e quello dell'ipoteca e constituto* (1). Questi dunque sarebbero de' patti taciti, patti sottintesi. E lo sien pure. Vi sia anzi espresso il patto della *ipoteca*. Ma questa può riguardar altro che le *doti* (2)? Può riguardar altro che le donazioni *ante nuptias*, le donazioni *propter nuptias*, e tutte le convenienze matrimoniali di somme certe e definite, o almeno definibili? L' *obbligo di ben trattare ed alimentare* non uscì mai dalla sfera delle *obbligazioni personali*. Essa è appartenente alla personale qualità di *coniuge*; tal che può rivolgersi anche dal *marito* contro la *moglie*, quando egli sia così povero che quella che gli è data in compagnia di vi-

---

(1) L'ipoteca per le doti, benchè non stipulata, era tacita ed introdotta per disposizione di legge, L. *unica*, C. V, 13, *de rei ux. actione*, L. *assiduis* 12, C. VIII, 18, *qui potiores in pign.* — Negusantius, I, 2, n. 1. — L'ipoteca dunque delle doti nasce dalla legge; perciò s' intende, benchè non espressa. Non si sa poi come l'ipoteca per alimenti maturati nel corso del matrimonio possa derivare espressamente o tacitamente dall' essere questi involti nella frase, *patti soliti*.

(2) Grenier dimostra, che alla sola dote e suoi dritti debba riferirsi l' ipoteca legale dell' articolo 1835 cod. fr. (2021 ll. cc.); ma per le stesse ripetizioni estradotali ella dev'essere inscritta, e non comincia che dal dì della inscrizione. I, 3, sez. 1, § 1. — S'immagini se possa esservi *ipoteca legale* per gli alimenti!

ta, debba alimentarlo (1). Che se il *marito* sia di tal fortuna, che ben possa prestar gli alimenti, non li dee forse tanto nel caso, in cui amministra una gran dote, quanto nell'altro, in cui solamente fu dote

parentium
Virtus, et metuens alterius viri
Certo foedere castitas (2)?

E non è forse uguale quest'obbligo tanto in colui che va a nozze co' *patti soliti*, e con consigli di avvocati e scritture, quanto in colui che non fa altro che consultare in ciò la religione ed il cuore? L'obbligo degli alimenti è così *personale*, anzi *accidentale*, che sottoposto alla sola prudenza del giudice, si estende talvolta sino alla qualità dei cavalli, ed alla scelta del cuoco, ed alla moda di Francia.

145. Imperocchè a determinarne la qualità e la quantità, non solamente ha influenza la estensione del patrimonio, ma anche la posizione de' coniugi nel teatro della società, e l'educazione, l'età, le forme e la salute stessa di ciascuno d'essi. Come misurarle con le regole immutabili de' *dritti nelle cose*? Quel che già è maturato, può determinarsi con una sentenza; ed allora può ben corrersi all'ufizio delle ipoteche, ed inscriver questa, ed acquistare un' *ipoteca giudiziale*. Ma ella non prende data ed effetto che dal dì della inscrizione (3). Da quel giorno soltanto l'*obbligo personale* diventa *reale*.

146. La qual cosa fia più chiara quando si osservi che in una ipoteca inscritta per somma determinata

---

(1) I coniugi hanno il dovere del *reciproco* soccorso ed assistenza. *Art.* 201 *ll. cc.* Questo *reciproco dovere*, partorisce *reciproco* il *dritto* e l'*azione* nel caso di separazione. *Art.* 230.

(2) Hor. Od. III, 18.

(3) Art. 2009 e segg. ll. cc.

producente interessi, questi non s'intendono ipotecati tacitamente e per disposizione di legge, che per due annate soltanto, e per la corrente (1). E le altre? Diventeran *debito* quando saran maturate; e per conseguente prima di questo tempo non può presumersene l'*ipoteca*. Or se per un mutuo già inscritto le annate d'interessi sono altrettanti debiti del tempo in cui maturano, e non mai del tempo dell'instrumento, che diremo poi delle prestazioni alimentarie? che diremo degl' interessi sugli alimenti arretrati? che delle spese giudiziali per ottenerli? Oggi è nato il debito di *Sperlinga*: le leggi d'oggi debbono giudicarne.

147. Similmente questo dovere *di ben trattare ed alimentare*, non è che una obbligazione *condizionale relativamente alla sua esistenza e durata*, ed *indeterminata per il suo valore* (*sup.* § 140). Perchè possa accoppiarvisi l' ipoteca, sarebbe convenuto *inscriverla* precedentemente, e conservarne il dritto con la dichiarazione di un valore certo e determinato (2). Ma per far questo non sarebbero stati alla creditrice bastanti i soli calcoli di Buffon sulle *probabilità della vita*: vi erano necessarii anche quelli più incerti delle *permutazioni senza tregue* (3) della fortuna, la quale

soevo laeta negotio, et
Ludum insolentem ludere pertinax,
Transmutat incertos honores,
Nunc mihi, nunc aliis benigna (4).

Or senza questa *dichiarazione* ed *inscrizione* even-

(1) Art. 2045 ll. cc.
(2) Art. 1018 ll. cc.
(3) Dante, Inf. VII, 79 e segg.
(4) Hor. Od. I, 23.—Nel giudizio di *riduzione* può questo assegnamento esser ridotto anche a *zero*. La gran-corte ha rinviato le parti al tribunal civ. per un giudizio di *riduzione*. Ha

tuale può esister mai legge che su di un immobile faccia *ex se* crescere di giorno in giorno il *ius in re* di un creditore a misura che manca l'adempimento della obbligazione? Nel 1823 eravamo a 700 once: nel 1827 siamo già a 5000: nel 1830 potremo giungere a 20000: appresso ad altre migliaia: e poi spese: e poi interessi sempre ricrescenti: e tutto senza bisogno mai di nuova *inscrizione*, nè di nuova azione, nè di nuova constituzione di patrocinatore, nè di nuova sentenza. Si va giù, e sempre più giù *ipso iure*. Questa *ipoteca salviana* è dunque peggiore dell' inferno di Dante. Quello era *senza tempo* (1): questa è *senza tempo* nè *fondo*.

148. D' altra parte se un tale accumulamento successivo di debiti senza determinazione nè fine, prende tutto epoca dal 1802, i creditori del *duca* non sapranno mai a quanto esso giunga. E poichè il *quasi-salviano* si spiega anche contra i *terzi*, se mai i creditori stessi o altri, in un tempo qualunque, si trovassero padroni di un fondo ch' era *in bonis* del *duca* nel 1802, dovrebbero o pagare, o rilasciarlo. Per tutti dunque è stato aperto dalle nuove leggi l' ufizio della conservazione delle ipoteche, fuor che per il duca di *Sperlinga*, e per i creditori della sua casa, e per chiunque avesse dato in Sicilia sotto le antiche leggi un qualche appicco al *quasi-salviano*?

149. Stringiamo tutto in una. — I. L' obbligazione

---

dunque riconosciuto la *eventualità* ed *incertezza legale* della *somma alimentaria*, e la *provvisionalità* de' presenti pagamenti. Come poi del pagamento *provvisionale* di questo debito così *incerto* e *riducibile*, crea un *jus in re* certo su'beni del duca, e lo crea secondo lo stato del suo patrimonio di ventiquattro anni prima che il debito nascesse?

(1) Inf. III, 29.

del duca è di sua natura *personale*, non *reale* ed *ipotecaria*.—II. Il debito di lui comincia dal 1823; e per conseguente è nato sotto le nuove leggi: a tenore dunque delle nuove leggi poteva prendersi contro di lui l'inscrizione giudiziale. Com'entra qui il *quasi-salviano*, tanto più che l'ipoteca legale è efficace per la *dote*, non per gli *alimenti*? — III. Il debito per gli alimenti sarebbe condizionato ed eventuale. Come si va al di sopra della legge che prefigge il modo onde stabilir l'*ipoteca* per *dritti eventuali*? — Se fuori di queste norme si potesse dare alle mogli il dritto *in re* per alimenti arretrati, quante collusioni nascerebbero tra mogli e mariti a danno de' creditori! La legge del sistema ipotecario sarebbe non pur inuguale al bisogno, ma dannosa.

150. Ed ecco come a poco a poco le massime le più regolari, a forza di analogie ed estensioni, possono andare fino al travolgimento di ogni dritto. L'*utile-salviano* fu una estensione del *salviano*, e fu creduto *utile* al debitore, particolarmente ne' debiti modici, ove il distrarre il fondo era maggior suo danno, che ritenendolo sotto il suo nome, passarlo per breve tempo al creditore. Dalla *utilità* di un *modo più mite di esecuzione*, se ne fece un *dritto*, e dritto durissimo: da *dritto in generale* si passò a *dritto ipotecario*: appresso se ne ampliò la sfera per obbligazioni le più evidentemente *temporanee*, *condizionate*, *personali*: in ultimo si fa retroagir un tal dritto fino al dì del contratto, benchè questo non esprima siffatte obbligazioni, ma solamente l'occasione di esse: e tutto ciò a danno del commercio, a danno dell'agricoltura, a danno de' terzi, a danno di tutti i principii regolatori della conservazione de' vecchi dritti ipotecarii, e del passaggio dall'antico al nuovo sistema.

151. Ben spero che i vecchi usi cedano a ragioni così evidenti di privata e di pubblica utilità. La *spropriazione* permuta le proprietà, ma non cangia che il nome del padrone: anzi per lo più sostituisce all' uomo scioperato e avvilito l' industrioso e l' attivo. Il *quasi-salviano* è stato sempre un modo lento, intralciatissimo, e spesso vano onde pagare i debiti; odioso a danno di chi è chiamato ancora signore de' fondi, e vive a discrezione del *salvianista*, infingardo e retrogrado per l' agricoltura, che rende sterili le più liete campagne, deformi i più belli edifizii, stranieri alla propria patria i più ricchi proprietarii, e che cieco, *egoista*, questi pubblici e privati mali con niun bene compensa. E potrà più questo mezzo essere sofferto oggi che le attuali leggi di commercio, le leggi discioglitrici de' vincoli delle proprietà, le leggi stesse delle contribuzioni dirette comandano attività e previdenza e cura e studio sommo nella coltura delle terre, e nella distribuzione ed uso degli edifizii? Il migliore omaggio che possa farsi alla sapienza altissima del RE, è quello di togliere ogni ostacolo all' adempimento delle sue paterne sollecitudini per la prosperità dell' agricoltura, prima base della prosperità del suo popolo; e di offrirgli al tempo stesso, ne' risultamenti giudiziali per mano de' magistrati, la pruova la più sicura della bontà delle sue leggi.

III.

APPENDICE AL TRATTATO DELL' UTILE-INTERDETTO-SALVIANO

Verba propria et certa, quasi vocabula rerum poene una nata cum rebus ipsis, ad plures translationes fluxerunt : tunc errorem creat similitudo.

Cic.

Sommario.

I. Occasione di quest' appendice, § 1.

II. *Principii.* — L' obbligazione del marito di alimentar la moglie non è che personale, § 2. — Può diventar reale dopo la sentenza, § 3. — Non fu dunque mai azion reale per se stessa, § 4. — Condizioni dell' azione reale ipotecaria, § 5 e 6. — Confutazione di alcune proposizioni, asserite dagli avversarii come principii, § 7, 8, 9, 10.

III. *Ristabilimento della quistione.* — Ella è travolta dagli avversarii per tre abusi di voci, adoperate in senso translato, e poi confuse col proprio, § 11.

IV. *Primo abuso.* — La voce *possesso* è mal impiegata da' salvianisti, § 12. — Il loro non è possesso, ma amministrazione, § 13. — Assurdi che derivano dall' impiegar tal voce impropriamente, e dal derivare dal traslato le conseguenze del significato proprio della medesima, § 14 e 15.

V. *Secondo abuso.* — Equivoco della frase *dritto reale* § 16. — Ulpiano ristabilisce la proprietà della frase, e ne allontana i crediti alimentarii, §§ 17, 18 e 19. — Negusanzio mal allegato da' contrarii, § 20, 21 e 22.

VI. *Terzo abuso.* — Confusione de' sensi della voce *dritto*: altro è *dritto* in astratto; altro è *azione*, o sia modo di procedura che attua il dritto, § 23.

VII. Conchiusione, § 24.

Quando noi, in una *memoria* nello scorso ottobre pubblicata (1), imprendemmo a dimostrare, che all' apparire delle nuove leggi era ne' creditori ipotecarii cessato ogni dritto all' esercizio dell' *utile salviano*, cercammo argomentarvi dagli *universali* a' *particolari*. Con lo stesso metodo ci risponde ora uno de' più colti avvocati palermitani. La naturale diffidenza di noi stessi è molto cresciuta a questo scontro novello, comecchè raddolcito da quella urbanità, che negli aringhi forensi può sperarsi maggiore. Abbiamo dunque sottoposto i nostri pensieri all' esperimento più certo, che la logica insegni come *criterio* della esattezza di un ragionamento. Spogliato questo di tutto ciò ch' era storico, e che potea parere non necessario alla quistione, ne abbiamo invertito il metodo rimontando da' *particolari* agli *universali*. Il risultamento n' è stato lo stesso; pruova evidente che non ci siamo ingannati.

2. Il credito della duchessa di Sperlinga è *alimentario*. Dunque l' azione che ne deriva è puramente *personale*. Chè presa la cosa dal lato della creditrice, non sono altro che personali *ea quae esui, potuique, cultuique corporis ad vivendum homini necessaria sunt* (2); e presa dal lato del debitore, l' azione alimentaria *non est per quam rem nostram quae ab alio possidetur petimus, nec rei persecutionem continet; sed cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum* (3).

---

(1) Quest' appendice fu pubblicata ne' principii del 1828, pochi mesi dopo il trattato precedente.

(2) Ulp. l. 43, D. *de verb. sign.*

(3) Idem, l. 25, D. XLIV, 7, *de act. ed oblig.*

3. Ma non per questo ci venne mai in pensiero ciò che l'autore ci attribuisce, *che l'obbligo di alimentar la moglie non possa uscir giammai dalla sfera delle azioni personali.* Diciamo bensì che qualunque obbligazione personale, fino a tanto che si fa rimaner ne' suoi termini, non può essere nel tempo stesso *personale* e *reale*

Per la contraddizion che no 'l consente (1). Ma se viene accompagnata, o per forza della legge, o per particolare stipulazione, dalla constituzione di un' ipoteca, allora divien *mista* di *personale* e *reale*; non mai però sotto l'istesso aspetto: perocchè ella in tal modo è *personale* nel suo principio, e *reale* nella esecuzione. E quando non è tale o per convenzione o per legge, può anche uscir della sua sfera e diventar *reale*, ove però una sentenza ne accordi l' esecuzione su'beni del debitore. Nel primo caso l'*azion reale* va dietro la *personale* fin dal principio, ed è *ipotecaria convenzionale.* Nel secondo non comincia che dalla inscrizione della sentenza per la esecuzione, ed è *ipotecaria giudiziale.*

4. Ella però tanto nell' uno, quanto nell' altro caso non è *azion reale* per se stessa ed in origine, come sarebbe p. e. l' *azione revindicatoria.* Questa sol mira alla cosa, senza riguardo alla persona nella cui mano la cosa si trovi. Ma quella che si mescola alla *personale*, o le tien dietro, non è che la garentia del suo adempimento. Quindi è, che quantunque sia dimandata nella prima azione, non è in essa il principal fine dell' attore: ella viene in sussidio della mancanza di pagamento, dovere della persona.

5. Nè questo è tutto. Imperocchè chiunque si obbliga *personalmante* è tenuto ad adempiere alle sue

(1) Dante, Inf. XXVII, 120.

obbligazioni sopra tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri (1). Tutti dunque i suoi beni sono la comune garentia de' suoi creditori (2). Ciò non per tanto il debitore li amministra e li aliena come a lui piace, fino a tanto che quel ch' era garentia generale *in posse* ed *in fieri* (ci si perdoni la frase scolastica), non diventi garentia *in actu*, cioè *ipoteca*. Allora è che il debitore non è più libero padrone del fondo: può col pegnoramento torsene a lui l'amministrazione, o questa istessa venirgli in mano ristretta dall'obbligo di soddisfare il creditore co' frutti; e può egli esser anche forzato ad uscire della sua proprietà (*spropriazione*) a fine di vendersi tal proprietà giudiziariamente, onde soddisfare il creditore col prezzo.

6. Ma per venire a quest'ultimo punto vi bisognano tre cose: 1, che sia il credito capace d'ipoteca; 2, che sia la cosa capace ad essere ipotecata; 3, che sia l' atto capace a produrre ipoteca. Allora secondo le nuove leggi si ammette l'*inscrizione*, e da questa triplice capacità la validità di tale inscrizione essenzialmente dipende.

7. Troppo adunque assolute sono le proposizioni del nuovo scrittore: *tra il creditore ed il debitore la convenzione ha forza di legge, e null' altro si richiede che il loro consenso alla perfezione del negozio: tosto che entrambi convengono, il* IUS IN RE *è acquistato: in faccia al debitore il fondo ipotecato è sempre il pegno obbligato al creditore: l' inscrizione non dà, ma conserva l' ipoteca: non può dirsi di buona fede che la duchessa di Sperlinga fosse stata obbligata conservar la*

---

(1) Art. 1962 ll. cc.
(2) Art. 1963 ll. cc.

sua ipoteca con l'inscrizione per far esperimento del quasi-salviano sopra i beni del marito: il debitore non ignora il suo debito: tutte le volte, che non avverso i terzi deve, ma contro lo stesso creditore, giuocare la ipoteca, inutilmente e senza oggetto andrebbesi parlando d'inscrizione.

8. Ci perdoni l'avvocato della duchessa. In primo luogo non è vero affatto che il solo consenso sia mai bastato a render perfetta l'*ipoteca*. Non pochi erano i requisiti che indipendentemente dal consenso vi esigevano le leggi antiche; più assai ne esigono le nuove. Confronto importante; poichè oggi son nulle le antiche ipoteche, se non *conservate*, o almeno *conservabili* sotto le leggi nuove. Può oggi forse con la più solenne stipulazione venir constituita ipoteca per un dritto generale, non estimato e ridotto a somma certa, o almeno non precisamente indicato? può esserlo sopra dritti incorporali, o sopra universalità di beni, o sopra mobili? può esserlo dietro scrittura privata? Or in niuno di questi casi può l'ipoteca *inscriversi*; e se io dico inutilità d'*inscrizione*, è lo stesso che se dicessi impossibilità di conservazione d'ipoteca. La *inscrizione* dunque non solo dà pubblicità all'atto per avvertire i terzi; ma è il segno legale della ipoteca legalmente constituita, e che poteva essere con la *inscrizione* conservata. La ipoteca, benchè validamente constituita sotto le vecchie leggi, se *non può essere inscritta nell' ufizio della conservazione*, è abolita con le leggi nuove, siccome interviene nell'antica ipoteca su'mobili. E tale anche è il caso di quelle antiche *ipoteche tacite*, le quali non ricadono fra le presenti *ipoteche legali*.

9. In secondo luogo il primo atto sotto le nuove leggi, onde incominciare ad esercitarsi un dritto ipotecario, è la copia della *inscrizione*, e la *trascrizione*

nell' ufizio della conservazione delle ipoteche. Falso è dunque il supporre che l' inscrizione sotto le nuove leggi sia inutile quando si tratti di *far giuocare il ius in re* col debitore solamente. Senza *inscrizione* e *trascrizione* non può aver principio il suo esperimento, e quando mancano queste, il debitore avrebbe veramente dritto di prenderlo a giuoco.

10. In terzo luogo, quando l'avvocato della duchessa, disperando della ipoteca *legale* e *convenzionale*, ricorre alla *giudiziale* in forza delle sentenze e decisioni ottenute nel 1817, e nel 1823, e nel 1824 (1), allora dee avvertire che un' *ipoteca giudiziale* non è constituita che dalla *inscrizione*. È testo espresso di legge (2). Per lo che ridotta la causa ad *ipoteca giudiziale*, il *quasi-salviano* è finito. La sentenza del 1817 non accordò alcuna ipoteca, nè fu poi inscritta nel 1819 perchè la conservasse; e per il 1823 e 1824 l'avvocato medesimo ci concede che parlar di *salviano* in quest' epoca di nuova legislazione, sarebbe follia.

11. La quistione dunque consiste solamente a vedere se astretto oggi un marito da circostanze non prevedute a mancare di corrispondere al *credito alimentario*, stabilito per la moglie con decisione anteriore alle nuove leggi, e da lei non conservato poscia con l' *inscrizione*, possa ella esercitare il suo diritto col *quasi-salviano*. Nel che tre equivoci di nomi fanno della verità la più evidente un dubbio di causa (3). Il primo è della voce *possesso* nel *quasi-*

---

(1) V. la pag. 111 alla *nota* 1, e la pag. 112 *nota* 1.

(2) V. *infra* il § 19 alla *nota*, per le leggi antiche.

(3) Locke (III, 10 ed 11) tratta ampiamente come e perchè gli errori in tutte le scienze, e particolarmente quelli della giurisprudenza, nascono quasi tutti dall'abuso de'vocaboli. È il più filosofico comento alle parole di Cicerone, da noi trascritte a fronte di quest' appendice. Chi di ciò brama un trattato

salviano; il secondo è della voce *dritto reale* nel *credito alimentario*; il terzo è della voce generale *dritto* in quell' *azione*, con cui si spiega un dritto in giudizio. Disgroppiamo questi nodi, e tutto sarà spianato.

12. Il nome *utile* o *quasi interdetto-salviano* è un *nome di legge*, il cui senso non è noto che a' sacerdoti di Astrea. Per tradurlo in voci più comuni, convien guardarne le idee. Esso ce ne dà due: la prima è dell' *amministrazione* alla quale è preposto un creditore ipotecario su' beni altrui i quali gli sono obbligati, con facoltà di soddisfarsi da'frutti, e dar conto; la seconda è di un modo particolare fissato già dal pretore per andare ad *impossessarsi*, non mai del fondo, ma di quest'*amministrazione* del fondo. Fermiamoci alla prima delle due idee, delle quali la voce fu segno.

13. Se il *quasi-salviano* non dà che l' *amministrazione de' beni altrui*, tal che il codice giustinianeo ne fa un' appendice del *precario*, dirlo *possesso* quando esso si ottiene, è parlare impropriamente. Quindi è *improprio* il dargli forza di *azione possessoria*. — Più: il *quasi-salviano* è un effetto della ipoteca. Ma i salvianisti chiamano prima impropriamente *possesso* una tale *amministrazione*: dimenti-

---

in versi bellissimi, legga Boileau, Sat. XII, il quale personificando l' *equivoco*, o sia il linguaggio a doppio senso, volge a lui la parola, ed in fatto di giurisprudenza gli dice così:

Mais á quoi s' attacha ta savante malice ?
Ce fut sur-tout á faire ignorer la justice.
Dans les plus claires lois ton ambiguïté,
Répandant ton androite et fine obscurité,
Aux yeux embarassés des juges les plus sages
Tout sens devint douteux, tout mot eut deux visages :
Et pour comble de maux, á tes raisons frivoles
L' éloquence prêtant l' ornement des paroles,
Tous les jours accablés sous leur commun effort
Le vrai passa pour faux, et le bon droit eut tort.

chi poi che questa è una denominazione impropria, le attribuiscono gli effetti di un possesso *iure proprio et ratione dominii*: poi lo astraggono dalla *ipoteca* e ne fanno un dritto esistente da sè, e che può reggere indipendentemente dall' *azione ipotecaria*. È il vero caso del *sillogismo acervale* del giureconsulto Giuliano, *cum ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea quae evidenter falsa sunt perducantur* (1). Sottili cose, cose astrattissime e metafisiche, anzi inintelligibili. Si maraviglia poi tanto l' autore, che siamo andati nelle risposte per fili sottilissimi? La colpa è nelle sottigliezze *salviane*, non in chi rispondendo ha il dovere di combatterle. Bello è l'omaggio ch' egli rende alla verità, quando si mostra così sensitivo a questi veri vizii nel nostro scritto: essi però non sono che il rimbalzo de' vizii del suo sistema. Minerva, la quale era niente meno che la dea della sapienza, non si accorse altrimenti

Del turpe aspetto delle guance enfiate (2),

che scorgendolo a sè rimbalzato da un fonte. Così pure ei mostra una certa sazietà a' nostri ragionamenti, intesi a dimostrare, che con le nuove leggi è incompatibile il *quasi-salviano*: egli tiene ciò

per sè noto,

A guisa del ver primo che l' uom crede (3);

e gli pare inutile la nostra cura. Ma non fingemmo noi quest' assurdo per vaghezza inopportuna di sì facil trionfo. Esso venne prima proposto da' salviani-

---

(1) L. 65, *de reg. iuris*. Il più bel comento che possa farsi di questa legge, è in Orazio, Epist. II, 1, v. 45. Ivi ei fa conoscere tutto il ridicolo di queste cavillazioni.

(2) Parini, nel *mattino*.

(3) Dante, Par. II, 44.

sti; e poi lo stesso autore che lo deride, lo riproduce quando sostiene che l'*ipoteca giudiziaria* per la decisione del 1823 potrebbe anch'oggi dar luogo al *quasi-salviano*.

14. Quando egli dunque vuole veramente aver pietà di noi, e disbarazzarci dalle sottigliezze metafisiche, le tolga prima dal *quasi-salviano* e da' suoi difensori; rinunzii al suono arcano ed ambiguo delle voci; dica che alla duchessa in forza della sua ipoteca non è già accordato il *possesso*, ma l'*amministrazione* de' beni del marito, con dar conto dell'uso della facoltà di ritenersi i frutti per soddisfare i suoi crediti; ed allora egli vedrà che la legge nuova provvede co' sequestri giudiziarii all'amministrazione de' beni obbligati a' creditori; riconoscerà vero il confronto che noi facevamo tra l'*immissione in possesso* del salviano e l'*immobilizzazione delle rendite* delle nuove leggi; troverà evidente ciò che abbiam detto intorno all'assurdità dell'ipoteca per un dritto di amministrazione; e cesserà di rimproverarci di essere entrati in una sfera lontana dalla tesi.

15. Esce bensì dalla tesi chi cambia i termini veri della controversia. Cosa volete voi? che l'acquistare l'amministrazione de' beni del debitore sia un effetto particolare delle ipoteche antiche, e *accessorio* all'*ipoteca*, non all'*azione ipotecaria* (1)? Se fosse ciò vero, quell'*azione*, diventata indipendente dall'*azione ipotecaria*, tornerebbe ad essere una pura *azion personale*, non perseguitando altro che l'*amministrazione*. Chi si ostina a dire che sciolto il *quasi-*

(1) Pag. 96 della nuova memoria in favore del *quasi-salviano*. Sottilissimo figmento, *ope brevissimae mutationis, per quam ab evidenter veris ad ea quae evidenter falsa sunt disputatio perducitur*. L. 65 D. *de reg. iur.* — V. sup. § 13.

salviano dall'*azione ipotecaria* perseguiti unicamente un *ius in re*, dice cosa assurda per se stessa; poichè l'*amministrazione* non esprime che riguardi personali: consiste in fare ed agire (*sup.* § 2). Oltre a ciò, per esser ella conservata nell'ufizio delle ipoteche, con qual rubrica verrebbe ella contrassegnata nella nota che dee presentarsi al conservatore (1)? Tutti i mandatarii, tutt' i depositarii, gli affittatori stessi e i coloni avrebbero potuto inscriversi per i dritti di tenere, di coltivare, di godere, il che *nimis probat*. Ed ecco perchè spaventati i salvianisti alla voce *amministrazione*, cadono nella improprietà della voce *possesso*; e la frase, *dritto d'amministrare*, volgono nell'altra *dritto d'immettersi in possesso*; e per farla più misteriosa l'abbreviano ancor più, dicendo, *dritto d'immettersi*. Lo stesso ultimo difensore della duchessa ride di queste frasi. Ma chi non vede, che tutto il ridicolo ne torna in chi, nel nome unico che per lontane analogie ei dà a cose diverse, non vede più, secondo che detta la cosa, ora il figurato, ora il proprio, ma o sempre il traslato, o sempre il primo originario suo senso?

15. Guardiamo ora l'altro abuso delle voci, che si fa col nome improprio di *dritto reale*, dato al *credito alimentario*. L'avversario si attenta di far suo campione niente meno che Ulpiano, cui gran turba forense italiana e spagnuola del medio evo *mena voltando con la sua rapina* per entro al *Laberinto* del Salgado. Titolo spaventevole di un libro! Ma Ulpiano, l'autore lucidissimo per l'appunto delle definizioni dell'*azion personale* e *reale* (*sup.* § 2), svolge da per se quell'ingombro; ed uscito di *loco sì d'ogni luce muto* (2), ci rassicura. Egli va col suo testo

(1) Art. 2042 n. 4, 2047 n. 3 ll. cc., 4 n. 3 l. 21 giu. 1819.
(2) Dante, inf. V, 28, 32, 33.

per vie sì diritte e spianate, che non ci è mestieri del *filo ariadnèo* onde uscir salvi da cotanto obbliquo e fallace ravvolgimento.

17. Ulpiano adunque presenta il caso di una moglie *in soevissimo furore constituta*, e di un marito brutale che *spernit infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur* (1). Se non che memore delle sue definizioni, a coloro i quali prendon cura di questa infelice, non dà di botto un'azione *rei persecutoria*, ma dice che debban essi *adire iudicem competentem*, affinchè *necessitas marito imponatur*, *omnem talem mulieri sustentationem* SUFFERRE, *et alimenta* PRAESTARE, *et nihil* PRAETEREAT, *quae maritus uxori adferre decet*, *secundum dotis quantitatem*. Or l'*apprestare*, e *nulla preterire*, è *obbligazion di fare*, non già *distribuzione d' immobili*. Dunque il testo di Ulpiano non dà che un' *azion personale*. Di fatti la duchessa di Sperlinga medesima non convenne altrimenti il duca suo consorte, che con quest'azione; nè il tribunal civile con la prima parte della sentenza del 9 settembre 1823 dichiarò altro, che per alimenti arretrati personalmente debitore il duca di once 723. 10.

18. Tralasciamo qui i *motivi di annullamento* relativi al pretesto di tale condanna, e gli altri più forti che riguardano l'accrescimento di essa fatto dalla gran-corte civile fino alla somma di 4681. 26. 14, senza che fosse stato percorso il primo grado di giurisdizione (2). Il difensore della duchessa non vi risponde. Sembra dunque che per queste nullità ei sia di accordo con noi. — Immaginiamo però che la condanna sia legale, e torniamo ad Ulpiano.

---

(1) L. 22 § 8, D. XXIV, 3, *soluto matrimonio quemadmodum dos petatur*. È la *l.* che si cita in contrario.

(2) V. il § 143 del precedente trattato.

19. Il giureconsulto, dopo la necessità della sentenza del giudice, propone la quistione, cosa debba farsi se il marito non solo non adempia, ma *dotem dissipaturus manifestus sit? Oportet* TUNC, vale a dire dopo la sentenza, *dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia.* E chi vieta ciò alla duchessa? La quistione non è già se possa in forza della sentenza *sequestrare* la dote, ed inscriversi su' beni tutti del marito, già legalmente ipotecati alla dote: chè ella dietro la sentenza ben poteva inscriversi per *ipoteca giudiziale*, la quale però non avrebbe investiti i beni che dal dì della inscrizione (1). La nostra quistione è s'ella possa *ex conventione* o *ex lege* farsi immettere nel possesso degl' immobili del duca, secondo l'uso assurdo de' *salvianisti*, o sia scacciare per proprio dritto dal l'amministrazione il marito, ed amministrarli ella a sua voglia in forza di un titolo nè inscritto nè trascritto all' ufizio della conservazione delle ipoteche.

---

(1) DONELLO nel suo trattato *de pignoribus et hypotheeis* crede impropria la denominazione *ipoteca giudiziale*, perchè tale ipoteca non si prendeva mai *iussu iudicis*. Per l'antico dritto, ei dice, non si acquistava ipoteca con la sentenza, ma solamente con la esecuzione di essa; e sì fatta esecuzione, qualunque fosse stato il giudice, si facea sempre dal pretore. Quindi per non alterare il dritto con la improprietà de' vocaboli, egli vuole, che *ipoteca pretoria* si appelli, perchè appunto nasce dall'ufizio del pretore nella esecuzione; e cita la *l. ult.* C. VIII, 22, *de praetorio pignore*. Oggi i principii sono gli stessi. Se non che, instituiti gli ufizii della conservazione delle ipoteche, le *giudiziali* cominciano, non dal dì della *esecuzione*, ma dal dì della *inscrizione della sentenza*. E sarebbe stato assurdo sotto l'antico dritto, come lo è sotto il nuovo, il dar a queste ipoteche, o che *giudiziali*, o che *pretorie* si chiamino, sussistenza e valore dal dì della sentenza, ed assurdo maggiore dal dì del titolo, in forza del quale la sentenza è stata pronunziata.

*

20. Ma Negusanzio (ripiglia qui l'avversario) Negusanzio, il principe degli antichi giureconsulti italiani in ordine alle ipoteche, dice (benchè per *ampliazione di giurisprudenza*), che anche per gli alimenti dovuti alla moglie si poteva presumere l'ipoteca tacita *in bonis obligatis pro dote* (1). E si dia anche ciò alle *ampliazioni* di Negusanzio. Ma quest' *ampliazione* fatta, non dal legislatore, ma da un giureconsulto, constituisce ella un dritto conservato per la nuova legge? E con qual forma sarebbe stato esso conservato? Non tutto quello ch'era già *ipoteca tacita*, è diventato *ipoteca legale*. L' *ipoteca tacita* nasceva da *convenzioni tacite*; e *diversa causa est voluntatis expressae, et ejus quae inest* (2). Della convenzione tacita, s' ella non sia ipoteca *legale*, non si può dar *nota* all' *ufizio delle ipoteche*. Dunque l' ipoteca tacita in generale non è sempre *conservabile*.

21. Di fatti la nuova legge non dà alle mogli separate da' mariti sovvenzione alimentaria su' beni del coniuge, se non quando i lucri stipulati espressamente ne' capitoli matrimoniali non sono sufficienti al mantenimento di lei (3). E quest' obbligo non nasce già da convenzione matrimoniale o tacita o espressa: nasce dalla qualità personale di marito, e dalla legge. Ora non tutti i doveri che vengono dalle qualità personali e dalla legge danno *ipoteca legale*: altrimenti i figli avrebbero a miglior dritto per la loro educazione e per i loro alimenti l' *ipoteca legale* sopra i beni de' genitori. La *ipoteca legale* non garentisce che la *dote*, e le *convenzioni matrimoniali*

---

(1) Amplia *dictam regulam, quod non solum pro dote, sed etiam pro alimentis debitis uxori per maritum competat tacita hypotheca in bonis obligatis pro dote.* Negusantius, IV, 2, n. 47.

(2) L. 138 § 1, XLV, 1, *de verb. obl.*

(3) Art. 230 ll. cc.

espresse. Il dritto agli alimenti nasce dall' art. 203 delle ll. cc., e quando non ne sia stipulata espressamente la somma, e sopra questa non si convenga un' *ipoteca espressa*, l' ipoteca per le nuove leggi non può esserne che *giudiziale*; nel caso cioè che la moglie abbia fatto esperimento di questo dritto personale, ed abbia inscritta la sentenza. Il che è anche chiaro per l' altra parte dell' art. 230 delle ll. cc., il quale non permette che il credito alimentario ecceda il terzo della rendita che nell' atto della sentenza il marito possiede, e questo terzo è anche *riducibile* a meno. Se vi fosse in ciò *ipoteca legale*, ella si *retrotrarrebbe* al dì delle nozze, ed alla fortuna che allora possedeva il marito. Cosa assurda, anche perchè l'*art.* è comune al marito ed alla moglie; e se non si ammette *ipoteca*, se non giudiziale, per lo *dritto alimentario* che il marito potrebbe avere contra la moglie (1), nemmeno dee ammettersi per lo *dritto alimentario* che la moglie ha contra il marito.

22. Dato adunque per poco, che fin dal dì del matrimonio il *credito alimentario* della moglie portò seco un' *ipoteca tacita* sopra la dote, e sopra i beni obbligati per la dote, ella non è *ipoteca legale* per le nuove leggi. Dunque la sua *conservazione* non si poteva operare senza *inscrizione*. — Se poi si vuol dare a questo credito valore e forza dalla decisione di separazione che anche prima delle nuove leggi ne fissò la somma, sarebbe questo un dritto figlio di un giudicato; e tanto è vero che i giudicati non danno per sè stessi ipoteca, che sotto l'antico dritto non la partoriscono se non portati all'esecuzione, nè sotto il

(1) Ed è anche testo espresso di legge, che la moglie separata debba contribuire in proporzione delle sue facoltà alle spese domestiche, come conseguenza della sua qualità di moglie. Art. 1412.

nuovo se non *inscritti* (1). Dunque essi nemmeno posson oggi partorire il *quasi-salviano*, il cui fondamento è nella *ipoteca*. Se in ultimo al credito della duchessa si vuol dare epoca dal dì delle ultime sentenze, quando esso si è verificato, in quest'epoca già imperavano le nuove leggi; e l'avversario è con noi, che il *quasi-salviano* sotto le nuove leggi è finito.

23. Il che fia più chiaro con la spiegazione del terzo equivoco. Il *quasi-salviano* (dice l'avversario) è *fine*, non è *mezzo*; è *dritto*, non *azione*: *l'oggetto principale dell'utile-salviano è la passione del fondo ipotecato* (cambiate la frase, e dite piuttosto, *amministrazione del fondo ipotecato*): *il soddisfacimento del debito è la conseguenza del fine, non il fine del salviano*. Or questo è lo stesso che dire: *tosto ch'io voglio andare a Palermo, l'oggetto principale del mio viaggio è il metter piede sul vascello a vapore; l'arrivo in Palermo è la conseguenza del fine, non il fine del viaggio*. È il ragionamento di colui che crede aver acquistata la scienza tosto che compra un libro, o di aver guadagnata una battaglia col solo armarsi ed uscire in piazza. E siamo noi troppo metafisici e sottili? Dunque, purchè voi amministriate il fondo, sia che paghiate i frutti ad un altro, sia che li facciate vostri, il *fine* è sempre perfettamente conseguito? Dunque sempre conseguito è il *fine*, sia che il vascello vi trasporti a Messina, sia che naufraghi, o vi meni a Malta o ad Algieri? Ma dato che il vostro *fine* è l'*amministrazione* sola, e che accidentale è il riguardo del soddisfacimento del debito, e che la stessa *amministrazione* è un *ius in re*, certo è che fin che rimarrete col solo *ius*, senza ridurlo mai in atto, voi non entrerete mai in quell'amministrazione, come nel-

(1) V. la nota alla pag. 131.

l' altra ipotesi non monterete mai sulla barca. Or quando venite ad esercitare oggi il vostro dritto, conviene che vi uniformiate a' regolamenti d' oggi del vascello, ed alle forme d' oggi de' giudizii ipotecarii, nel qual caso anche dato il dritto, convien cominciarne l'esecuzione dal *pegnoramento*, e da tutte le nuove forme, le quali sono agli antipodi col quasi-salviano.

24. Sul che l'avversario ritorna alla *metafisica di parole*, che poi nelle risposte tanto gli dispiace. Il *salviano* (egli dice) è accessorio della *ipoteca* ; ma l' *azione ex salviano* non è *accessoria* dell' *azione ipotecaria*. — Vi abbiam risposto : se si sciogliesse l' *azione ex salviano* dalla *ipotecaria* , ritornerebbe *pura personale* (§ 9 e 14). Più : sotto la parola *quasi-salviano* si contiene tanto quello che l' autore impropriamente chiama *dritto di possessione* , quanto la *forma* onde farlo valere in giudizio. Se dunque il *salviano-dritto* è accessorio dell' *ipoteca-dritto* , il *salviano-azione* è accessorio dell' *ipoteca-azione*, o sia dell' *azione ipotecaria*. Ma il *salviano-azione* è certamente abolito , ed a' suoi ha surrogato la legge nuova altri modi per dispodestare il debitore de' beni; i quali modi sono il *sequestro giudiziario* , l' *immobilizzazione de' frutti*, ed altri de' quali abbiamo lungamente discorso nel nostro trattato. Or questi sono incompatibili co' modi antichi, anche per lo spirito e la ragion generale della nuova legislazione. Dunque sostituita al *salviano-azione* altra via, l' antica è per ogni parte già chiusa.— *Quod erat demonstrandum* (1).

---

(1) La corte suprema di Palermo fece dritto alle nostre difese, ed annullò la decisione del 19 gennaio 1827 (V. la *nota* 1 alla pag. 112). Ma un tale arresto di quella corte suprema non valse a fissare dapertutto nell' isola una giurisprudenza diversa dall' antica. Continuarono alcuni tribunali ad autorizzare l' uso del *quasi-salviano*. Finalmente fu imposto termine ad ogni controversia col real rescritto del 19 gennaio 1839.

IV.

REALE RESCRITTO

DEL DÌ 19 DI GENNAIO 1839.

» Qualche collegio di cotesti reali dominii
» avea pensato potersi anche sotto lo impero delle
» attuali leggi del regno ritenere la osservanza dell'*uti-*
» *le-interdetto-salviano* secondo i metodi ricevuti
» sotto le antiche leggi. Avea pure tal altro Collegio
» opinato potersi accogliere le dimande per liberanze
» provvisionali in favore dei creditori sul prodotto de'
» frutti, o del prezzo dei fondi pegnorati in pendenza
» delle procedure di spropriazione, e di graduazione.»

» In proposito del *salviano* è stato osservato, —
» che il beneficio di quell' interdetto era uno dei modi
» dell' antico sistema giudiziario, ammesso onde il
» creditore ottenesse la soddisfazione del suo credito; —
» che le antiche leggi nell' interesse tra il debitore, ed
» il creditore possessore del fondo obbligato, accor-
» davano il dritto al debitore di obbligare il credi-
» tore istesso a vendere il fondo, che riteneva in pe-
» gno, o a rilasciarglielo per farlo vendere quando
» il valore del pegno eccedeva il debito; — che
» nel sistema dell' antico foro era pure costantemen-
» te ammessa nell' interesse dei creditori posteriori la
» facoltà nei medesimi di fare per autorità del ma-
» gistrato vendere il fondo in pegno presso il credito-
» re anteriore, onde ciascuno di loro fosse soddisfat-
» to pel rispettivo credito: — che secondo il nuovo
» dritto vigente una regola sola determina gli effetti
» del pegno e della ipoteca sopra gl'immobili; quel-
» la cioè di vendersi giudizialmente il fondo obbliga-
» to per dividersene il prezzo fra i creditori secondo

» il privilegio ed il grado d' ipoteca, che a ciascuno
» compete; la quale regola è perfettamente uniforme alla su ricordata teoria dell' antico diritto: —
» che quando anche discordanza esistesse tra le antiche e le nuove regole per la esecuzione contro
» il debitore, queste ultime hanno dovuto di necessità colpire anche il possesso del fondo, ottenuto
» in virtù dell' *utile-interdetto-salviano*; perciocchè
» trattandosi di atto di mera sicurezza non irrevocabile, e che non conferiva diritto perfetto sul fondo, esso cadeva naturalmente sotto le prescrizioni delle nuove leggi relative alla materia, come
» vi vanno soggetti i negozi non ancora cominciati; — che la ulteriore osservanza del cennato benefizio sia anche contraria alle vedute di pubblica
» economia, e lesiva del libero uso della proprietà,
» che le leggi garentiscono. »

» In quanto poi alle liberanze provvisionali è
» stato osservato,— essere lesiva di tutte le regole concordi dell' antico e del nuovo diritto, ogni liberanza che si accordi ad un creditore in giudizio di
» concorso, innanzi dell' esame definitivo del dritto
» di ciascun concorrente;— essere cotesto sistema vietato dalla vigente procedura di spropriazione, per
» per la quale è prescritto, che i frutti ed il prezzo
» di un fondo messo in espropriazione forzata formino
» unica massa da ripartirsi ai creditori in esito del
» giudizio di ordine:—ed in fine non aver alcuno dei
» creditori diritto a liberanza, prima che il titolo,
» ed il diritto creditorio venga assodato, e venga assicurata la di lui capienza nel prodotto del prezzo, e dei frutti. »

» Rassegnato tutto ciò alla Maesta' sua, S. M.
» nel consiglio ordinario di stato de' 13 andante, accogliendo nella sua saggezza le enunciate osserva-

» zioni, si è degnata dichiarare che per la pubbli-
» cazione delle nuove leggi non siavi luogo sotto il
» loro impero alla osservanza dell' *utile-interdetto-*
» *salviano*, nè a *liberanze provvisionali.* »

» Nel Real Nome lo partecipo alle SS. LL.,
» perchè lo comunichino al rispettivo collegio, e ne
» curino l' esatta osservanza. »

» *A' proccuratori generali del Re ne' reali*
» *dominii al di là del Faro.* — Napoli, 19 gen-
» naio 1839. — Niccola Parisio.

V, VI, VII.

DELLE RICUSE CONTRO I GIUDICI

SOMMARIO.

CONCL. PRIMA. (N. V) — *Delle ricuse de' consiglieri della corte suprema. — Se la rinunzia alla ricusa impedisca il deciderne. — Se i motivi di ricusa espressi nelle leggi di procedura civile, sieno tassativi, o semplici esempi.*

SEZ. I. *Quistioni preliminari.*

I. Stato della controversia, § 1.

II. Prima quistione preliminare. — In quali casi sia competente la camera criminale della corte suprema a pronunziar sulle ricuse che riguardano la camera civile, § 2 e 3.

III. Seconda quistione preliminare. — Se possa rinunziarsi a tutta la ricusa proposta, o almeno a parte di essa, § 4.

IV. Principii regolatori della facoltà di rinunzia ad un azione giudiziaria, § 5.

V. Come il permettere al ricusante di rinunziare alla ricusa, offenderebbe l'ordine pubblico, § 6, 7, 8. — Come offenderebbe l'interesse privato, § 10.

VI. Esempi di cose similmente giudicate, § 11.

VII. Conchiusione per l'inammessibilità delle rinunzia, e la necessità di discutere e decidere la causa, § 12.

SEZ. II. *Disamina de' motivi di ricusa.*

I. I motivi di questa ricusa son distinti in due *capi*, § 13.

II. *Primo capo.* — Conoscenza preventiva della causa in una preparatoria. — Fallacia di questo capo, § 14.

III. Più fallace è scoperto per fatto de' ricusanti, § 15.

IV. Le decisioni interlocutorie e preparatorie non importano mai quella conoscenza di causa che rende il giudice sospetto a pronunziare sul merito, § 16 e 17.

V. Particolari circostanze della causa, § 18 e 19.

VI. Non può trarsi da questo capo il motivo generale dell' odio, o dell' amore, § 20.

VII. *Secondo capo.* — Propalazione del voto, § 21.

VIII. Futilità di questo motivo, § 22.

IX. Conchiusione, § 23.

CONCL. II. (N. VI) — *Poteri della corte suprema di esaminare nelle cause di ricusa i motivi di essa, quando il ricorrente sia morto in pendenza del ricorso. — Se i motivi*

di ricusa espressi nell'art. 470 pr. civ. sieno tassativi, o modi esemplificativi. — Se il ricorso in materia di ricusa, presentato da un accusato morto in pendenza della discussione, sia comunicabile al coaccusato non ricusante.

I. Stato della controversia, § 1 e 2.

II. *Prima quistione.* — Se la morte del ricorrente tolga alla corte suprema ogni facoltà di esaminare la ricusa, § 3. — A che possa questa facoltà limitarsi, § 4.

III. Discussione fatta in questi limiti de' capi della prodotta ricusa, § 5 e 6. — Storia della causa, § 7, 8, 9. — Dimostrazione della evidente calunnia della ricusa, § 10 a 16.

IV. *Seconda quistione.* — Se i motivi di ricusa espressi nell' art. 470 pr. civ. sieno tassativi, o semplicemente esempi di un principio più generale, § 17. — Sono tassativi, § 18, 19 e 20. — Applicazione della teoria ad uno de' motivi di questa ricusa, § 21.

V. Altro motivo, § 22 e 23.

VI. *Terza quistione.* — Se il ricorso in materia di ricusa presentato da un accusato morto in pendenza della discussione, sia comunicabile al coaccusato non ricorrente, § 27. — Risoluzione negativa, d. § 24 a 27.

V. Conchiusione, § 28.

Concl. III (n. VII). — *Se nelle cause penali sieno ricusabili gli ufiziali incaricati del pubblico ministero.*

I. Stato della quistione, § 1.

II. Tutta la quistione consiste nel definir le frasi, *parte aggiunta*, e *parte principale*, § 2 e 3.

III. Differenza tra il ministero pubblico nelle cause civili, ed il ministero pubblico nelle penali, § 4 e 5.

IV. Nel ministero pubblico penale non potrebbe adottarsi la frase, *parte aggiunta*: egli è sempre *parte pubblica*; e come tale ora è *parte principale*, cioè *accusatrice*, ora fa tutto quello che il ministero pubblico civile fa col carattere di *parte aggiunta*, senza averne il nome, § 6.

V. Come l'art. 474 pr. civ. dev' essere inteso nelle cause civili, § 7 ed 8.

VI. Come nelle cause penali, § 9.

VII. Altri doveri e facoltà del ministero pubblico penale al di là di quelli che col nome di *parte aggiunta* ha il min. pubblico civile, § 10.

VIII. Assurdi, se il ministero pubblico penale non fosse ricusabile, § 11.

IX. Conchiusione § 12.

Sez. I.

Quistioni preliminari.

Signori (1), due quistioni preliminari io debbo pria presentarvi; e dopo di esse discenderò a quella dell'ammessibilità della ricusa di cui ci occupiamo. La prima quistione preliminare è, se questa camera criminale sia competente a pronunziare sulla dedotta ricusa: la seconda, se avendo i ricusanti già rinunziato prima ad una parte, poi a tutta la ricusa, questo pentimento tolga così di mezzo la ricusa medesima, ch' ella divenga tale come se non fosse stata mai prodotta, o almeno tolga a voi ogni potere di riconoscerne la validità e la sussistenza.

2. Osservo sulla prima, che l' art. 3 del real decreto del 12 settembre 1828 rende competente questa camera criminale, se è ricusata la intera camera civile. L' art. 2 rende competente la stessa camera civile, aggiuntivi gl' individui dell' altra camera sino al compimento del numero legale, ove sieno ricusati individui della camera stessa, e non tutta la camera.

3. Or la ricusa proposta è occasionata da un provvedimento preparatorio, pronunziato già dalla intiera camera civile, dietro il quale si sostiene, che tutti i consiglieri, e l' avvocato generale con essi, sieno sospetti ad intervenire nella discussione del merito del ricorso fra le parti medesime. Presentata così la ricusa, se ne sottrassero in prima due consiglieri, assumendosi non

---

(1) Conclusioni pronunziate alla camera criminale della corte suprema di giustizia a' 4 dicembre 1833, Celentano comm., Nicolini m. p.

esser essi concorsi al suffragio degli altri. Ma le decisioni sono del collegio: la differenza de' voti e delle opinioni non è che un affare interno della camera in atto che delibera: ad indagarne i particolari non han dritto le parti. All'incontro nell' atto primitivo della ricusa si attacca la *suprema corte nella intiera camera che avea pronunziato*. È vero che con un altro atto si rinunzia in fine a tutta la ricusa. Ma nel primo caso non rimarrebbero in quella camera che due; e due consiglieri non formano il maggior numero di una corte, la quale non può giudicare che con nove. Ma indipendentemente da ciò, può il ricusante restringere a pochi una ricusa, con la quale si attaccarono tutti?

4. Ciò rientra nella disamina della quistione più generale che mi propongo in secondo luogo. La rinunzia fatta dai ricusanti a favor d'uno o di tutti i ricusati, è ella autorizzata dalla legge?

5. La facoltà che ha ciascuno di rinunziare ad un suo dritto (1), è subordinata a due regole. La prima di esse è, che non può una rinunzia privata offendere la legge, nè i buoni costumi: la seconda, che non può offendere il dritto degli altri: regole entrambe di ordine pubblico; perchè l'una riguarda la cosa pubblica medesima, l'altra l'uguaglianza de' dritti di ogni suddito del Re in faccia alla legge.

6. La rinunzia a qualunque contestazione giudiziaria è paragonata alla transazione; e chiunque ha il dritto di transigere, ha il dritto di rinunziare (2). Perciocchè cominciata una lite, non vi è altro modo di terminarla, che o per via della pronunziazio-

---

(1) L. 29, C., II, 3, *de pactis*.
(2) V. Lepage, Demieau-Crouzillac, Carré sull'art. 402 cod. di proc. civ. fr. — Sirey, I, 194.

ne del giudice, o per via di accordo fra le parti; e la rinunzia alla lite è un modo d'accordo e di convenzione. Tale rinunzia dunque è soggetta a tutte l'eccezioni alle quali è soggetto ogni accordo, ogni convenzione, ogni transazione fra i privati: di modo che ella è invalida, se il rinunziante non ha la libera disposizione del suo dritto; è invalida se non è accettata e legalmente consentita dall'altra parte, la quale abbia pure la libera disposizione del suo dritto; è invalida se è *contra bonos mores*; è invalida *si iuri publico derogare possit*, *si loedit ius ceterorum*, *ne quo fraus cui eorum fiat* (1). Or la rinunzia che fa una parte all'atto col quale ella ha ricusato il suo giudice, cade in alcuna di queste eccezioni?

7. Osserva Poncet nel suo trattato *delle azioni*, che sebbene la ricusa sia permessa dalla legge nell'interesse particolare del ricusante, pure vi è interessata non poco la parte avversa, la quale è in rischio di esser privata del giudice, in cui la legge le permetteva di avere una particolare fidanza. Vi è interessata la società, anzi la stessa potestà sovrana, perchè ogni ricusa si risolve in sospetto di parzialità ne' giudizii, e mette in allarme il pubblico, alla cui tranquillità e sicurezza importa tanto, che ognun riposi nella certa conscienza che i magistrati *sine ira*, *sine studio* impartiscan giustizia: oggetto di altissima, anzi di prima importanza per la vigilanza sovrana. Vi è interessato finalmente il giudice ricusa-

---

(1) L. 3 et 7, § 7, D. II, 14, *de pactis*. — L. 16, et 30 C. II, 3, *eodem*. — Per questo principio i tutori non possono rinunziare alla instanza di punizione per reati commessi in persona de' minori, senza parere di due giureconsulti, e del consiglio di famiglia omologato dal tribunale. Ne tratteremo appresso di proposito.

to, perchè sempre oltraggiante è pur lui il sospetto di parzialità e di deferenza; tal che la legge gli dà un dritto, in caso di rigettamento della ricusa, ad un' azione di riparazion d' ingiuria contro il ricusante (1). E ne sarebbero principalmente offesi i buoni costumi, perchè il pentimento del ricusante potrebb' essere interpetrato come effetto di un accordo colpevole tra lui ed il giudice ricusato. Che se la ricusa si presentasse con la conscienza di non esser ella valevole, e nel fine non d' ingiuriare il giudice, ma di differirne il giudizio, si oltraggerebbe il costume pubblico ugualmente e la morale del foro, offrendosi nella ricusa un mezzo dilatorio ad arbitrio delle parti, con offesa alla giustizia, e con ingiuria al magistrato.

8. Arrestare adunque la discussione della ricusa ad arbitrio della sola persona che l' ha suscitata, sarebbe lo stesso che dare la facoltà di eccitar questo allarmé, di turbare la mente del Re, d' ingiuriare la magistratura ed i giudici, di sovvertire in alcuni casi la pubblica morale, e far dipendere dall'arbitrio dell' autore stesso di questi mali il chiudere o tener aperta la sola via legale che vi è per tranquillare il pubblico, per riparare l'ingiuria, per ritirare la morale ai principii, o per ismascherare un giudice parziale ed indegno.

9. Ed ecco perchè le ricuse rigettate come temerarie, sono punite di multa, di cui profitta il real tesoro: ecco perchè tra le cause, nelle quali debbon essere necessariamente intesi i proccuratori del Re, queste sono indicate fra le prime (2): ecco perchè il giudizio n' è circondato di forme più scrupolose e

(1) Art. 483 II. di proc. civ.
(2) Art. 151 I. org. — Art. 487 pr. civ.

particolari, che nelle altre cause, ed è celebrato per due gradi, I, col giudizio di ammessibilità e ricognizione delle forme e de'mezzi della ricusa; II, col giudizio del merito. Si tratta di togliere dalla causa un giudice dato dal Re alle parti; si tratta di privarlo di quella giurisdizione che gli viene dal fonte unico di tutte le giurisdizioni; si tratta di spargere fra tutt'i sudditi del Re un dubbio, una diffidenza generale contro del ricusato in ogni altra causa, dubbio e diffidenza che riverbera sopra tutta la magistratura.

10. Si aggiunga, che la rinunzia ad ogni giudiziale contestazione prende qualità, come dicevemo al principio, di accordo e di transazione fra le parti (§ 6); e perciò non per la sola rinunzia, ma per la rinunzia accettata si può imporre fine ad una lite già cominciata (1). Or dov'è qui la parte, anzi dove, nello stato in cui è l'affare, può qui esser la parte che valga ad accettarla? Avrà il ministero pubblico facoltà di accettarla per la società, agitata dall'allarme che il primo corpo giudiziario del regno sia caduto, nell'animo di personaggi d'alta condizione ed ufizii, in sospetto di parzialità e di deferenza? Avrà egli facoltà di accettarla pel Re, di cui è procuratore, sì, ma senz'averne su questo particolare alcun espresso mandato? Avrà egli facoltà di accettarla pe'l real tesoro, al cui vantaggio è destinata la pena? Avrà egli facoltà di accettarla per il giudice ricusato, che non ancora è inteso?

11. Anzi la parte, la quale a' ricusanti è avversa nel giudizio che ha dato luogo alla ricusa, ha fatto a voi pervenire la sua formale protesta, ch'ella non intende che si accetti la rinunzia; ch'ella intende uscir da ogni agitazione per le vie legali; che anzi inten-

(1) Art. 495 e 496 pr. civ.

de sperimentare le sue azioni pe'danni-interessi, che il ritardo del giudizio principale ha cagionati a lei per la ricusa. Il diritto a' consiglieri per la riparazione della ingiuria già fatta, è nato in essi al momento che la ricusa fu prodotta; ma l'esercizio n'è sospeso fino a tanto che non se ne verifichi la condizione, ch'ella sia dichiarata inammessibile o rigettata. All' incontro se costoro rinunziassero al ristoro de' loro danni-interessi, ciò potrebbe giovare per estinguerne l' azion privata, la quale non è che una conseguenza della causa della ricusa; ma non gioverebbe per dir transatta la causa stessa della ricusa, ove si tratta di ragion di uffizio e di ordine pubblico; mentre quella porzione che vi prende l'interesse privato è di tutta la contestazione la parte più lieve.

12. Nè vuolsi omettere, che quantunque causa della rinunzia voglia dirsi un error di fatto confessato poi da'ricusanti, com'è avvenuto nella esclusione de'due consiglieri, ciò niente rileva a rendere la rinunzia efficace. Poichè chi discende all'esercizio di un diritto sì grave, dee procedervi *cum mente et consilio*, instruendosi prima del fatto su cui poggia la ricusa; e poi dee presentarla. Molti esempi di cose giudicate giustificano la teoria che sosteniamo (1). Del che se non può più dubitarsi, l'atto primordiale della ri-

---

(1) L'inefficacia della rinunzia alla ricusa è sostenuta dall'arresto nella causa di *Camillo Rossi*, 28 settembre 1832, Montone comm., Nicolini m. p., dall'arresto del 1 agosto 1834, nella causa *Colaianni*, Celentano comm., Letizia m. p., e da altri. — In quest' ultima causa si agitò la quistione, se data una ricusa con motivi presentati in cancelleria, possa ella venire in seguito ampliata con conchiusioni motivate, quando i primi erano già sul punto di essere discussi; e si rispose negativamente. Tanto aborre questo giudizio dalle correzioni e da pentimenti.

cusa non poteva restringersi, nè modificarsi ad arbitrio; ed invalido è anche l'atto che la ricusa di dieci, componenti l'intera camera, restringe ad otto individui.— Per le quali ragioni io son di avviso che dichiarata questa camera competente, e dichiarata inammessibile la rinunzia alla ricusa, si passi alla quistione, se i motivi proposti da' ricusanti nel primo atto contro la intera camera civile di questa corte suprema, sieno ammessibili.

Sez. II.

Disamina de' motivi di ricusa.

13. Tutta questa ricusa si riduce a due capi, l'uno comune a tutta la camera civile della corte suprema, l'altro particolare al consiglier commessario.

14. Il primo capo nasce da una pronunziazione preparatoria, con la quale si dice essersi preventivamente giudicato il merito di una causa pendente tuttavia in appello (1). Ma basta riscontrar l'atto de' ricusanti medesimi, col quale fu provocata questa preparatoria, e si vedrà che quanto venne a pronunziare la camera ricusata, tutto era stato proposto da essi, e ch' ella non fece altro, che andar sulle tracce da essi stessi segnate. Or sarebbe questo il più capzioso modo di proporre ai giudici le controversie, quando il rispondervi portasse a giudizio anticipato di una causa, ed il non rispondervi a denegata giustizia(2): tal

(1) Le parole del n. 8 dell' art. 470, le quasi si prendono come fondamento della ricusa, sono: *se il giudice precedentemente ha preso cognizione della causa come giudice o come arbitro.*

(2) O dunque *ricusa*, o *presa-a-parte.*

che colui che premedita di attaccare il giudice, ne trovi un modo certissimo così nell' uno, come nell' altro caso.

15. Certamente non è questo il motivo, di cui tien conto l'art. 470 n. 8. Il che è sentito, anzi implicitamente confessato da' ricusanti medesimi in quel secondo atto, con cui restringono il numero de'ricusati. Perciocchè spiegando essi quali magistrati intendevano nominatamente ricusare, escludono i due che nella votazione e nella discussione interna della causa votarono, secondo ch'essi credono, a favor loro, e concorsero alla soscrizione, sì, non alla formazione di quel provvedimento preparatorio. Ma certamente questi due furono nella discussione. Dunque presero cognizione della causa come gli altri, e la presero tutti come giudici. Se dunque i ricusanti, fra tutti coloro che presero cognizion della causa, escludono dalla loro querela sol due, non è la preventiva cognizione dell'affare, nel modo com'ella è stata presa dall' intero collegio, la quale sia il motivo vero della ricusa, ma il disdegno che i due ch' essi suppongono favorevoli, sieno stati vinti dal maggior numero contrario. E sarebbe nuovo che la legge facesse un capo di ricusa del dispiacere e dell' ira che sentono ne' giudizii le parti perdenti.

16. Certo è che ricusabile è il giudice che abbia presa cognizione della causa come giudice o come arbitro, ma non quando ei si prepara alla cognizione definitiva con rispondere alle quistioni che le parti preparatoriamente propongono. Altrimenti sarebbe vana la disposizione degli art. 135 e 515 proc. civile, che le interlocutorie e le preparatorie non legano il giudice. Egli può rivocarle sempre, e riformarle; e perciò non può esser ricusato. La cognizione preventiva di cui parla l' art. 470 n. 8, si

avvera in primo luogo quando un magistrato credendo non poter esser mai giudice della causa, commette la debolezza di consigliarne la difesa (1).— In secondo luogo viene la cognizione che si prende ne' varii gradi di giurisdizione. Così un giudice che ha presa cognizione della causa in prima istanza, non può giudicarne in appello; nè chi ne ha presa cognizione in prima istanza o in appello, può giudicarne in corte suprema. Sarebbe assai strano che in censore e riformatore di un atto giudiziario, potesse erigersi l'autore stesso dell' atto.—Viene in terzo luogo chi ha preso cognizione della causa anche in un tribunale uguale o superiore, come avviene di frequente ne' giudizii di rinvio per annullamento di decision precedente, quando un giudice del primo collegio si trovi traslocato nell'altro; perciocchè ei potrebbe recare al giudizio novello un animo pregiudicato da opinioni precedenti.

17. Per le quali cose avviene ogni giorno, che nelle cause da trattarsi nello stesso grado di giurisdizione, il magistrato il quale ha preso cognizione della intera causa con una o più delle parti presenti, ben giudica poi nuovamente con altre parti presenti in grado di opposizione, ovvero in grado di opposizione di terzo e d'intervento in causa. Avvien pure che con piena cognizione della causa, ancorchè sulle conclusioni de-

---

(1) Rientra allora nell' altro comma del d. n. 8: *se il giudice ha consultato, aringato, o scritto nella causa.* — Così un giudice il quale non credeva dover mai pronunziare su d' una causa, consigliò intorno ad essa una delle parti. Egli confessando ingenuamente questo fatto, si ricusò di giudicare. La ricusa volontaria fu ammessa, benchè il giudice non fosse stato lodato per esser disceso a queste confidenze con le parti. Arresto del 21 febbraio 1839 nella causa di *Beniamino Camerini*, Celentano comm., Nicolini m. p.

finitive delle parti, non faccia che una interlocutoria; e poi in altra udienza pronunzii una definitiva. Il che si rinforza nella discussion presente, quando osserviamo non esser fondamento di questa ricusa la dispositiva di quella preparatoria, ma la sua motivazione; e la motivazione lega assai meno il giudice, che una dispositiva, benchè interlocutoria o preparatoria. E nelle discussioni a camere riunite in corte suprema, ove certamente si tratta la causa tra le stesse persone e per i motivi medesimi, del pari ch' ella per l'appunto venne discussa altra volta da una sola camera, in queste discussioni non vengono forse legalmente a giudicarne anche i medesimi consiglieri, che non pure ne hanno presa cognizione, ma vi hanno pronunziato?

18. Oltre a che l' unica causa pendente fra quelle parti in corte suprema è di credito e debito fra *Melfi* e gli *aventi causa* da *Melfi* ed *Altvito*. Per giudicar questa si è allegato a sospetto il collegio. Il motivo della sospezione è che la preparatoria pronunziata dalla corte suprema ferisca un' altra causa pendente tuttavia nella gran-corte civile, causa nella quale, benchè non siasi potuto attaccarla per ora di ricorso, i ricusanti asseriscono di aver molto interesse. Diverse persone, divers' oggetto, diversa ragion di domandare, diversa qualità con cui le parti stanno nell' una e nell' altra in giudizio. Se le due cause non sono una causa sola e la stessa, non vi è timore che con la preparatoria alla prima si offenda il famoso brocardico, *non bis in idem*.

19. All' incontro siamo in una preparatoria che non lega il giudice per la sua *dispositiva*, e molto meno per i suoi *consideramenti*. Quando si andrà a discutere il ricorso nel merito, la camera civile potrà bene, conosciuta meglio la cosa, se lo crede giusto,

rivocarla o modificarla. E s' egli è vero che siavi evidente nesso fra le due cause, cioè tra quella che pende in corte suprema, e l'altra che non per anco è decisa dalla gran-corte civile, potrebbe allora la s. c. vedere quello che nella preparatoria non vide, e ritornare indietro, e giudicare in modo, se giustizia il consente, che non si offendano affatto quegli altri dritti de' ricusanti.

20. Questo capo dunque di ricusa non è quello dell'art. 470 n. 8. — Nè da esso può trarsi il mezzo generale di odio e di amore secondo le nostre leggi antiche. Io so l'opinione di Dremiau-Crouzillac (1). Ma so pure il rescritto del dì 11 dicembre 1813, il quale vuole che i motivi di ricusa sieno per l'appunto, e testualmente, ed esclusivamente quelli che l'art. 470 propone. Molti vostri arresti han tratto da questo rescritto anteriore alle nuove leggi la norma della nostra attuale giurisprudenza. *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur* (2).

21. Il motivo particolare poi al consiglier commissario parla d'una costui risposta, senza che, per ben estimarne il valore, ci si faccia conoscere la persona dell'interrogatore, nè il tenore della interrogazione, nè l'occasione ed il luogo del dialogo, nè il come, nè per qual mezzo ne sia giunta la notizia a' ricusanti. *Noctu audita ex debubro vox.* Ma

---

(1) Demiau-Crouzillac sull' art. 378 cod. pr. civ. fr.

(2) Questa quistione è stata agitata più volte in corte suprema, e sempre si è risoluta per la giurisprudenza introdotta dal mentovato rescritto. Esso è dichiarativo di un art. dell' antico cod. di pr. civ. conservato con le stesse parole nel nuovo. Noi ne abbiamo ampiamente ragionato nella nostra *Procedura penale*, *parte terza*, § 281 a 284 — L'arresto della corte suprema del 1 febbraio 1819 nella causa di *Andrea Valente* e *Giacomo Ventresca*, fissò la massima irrevocabilmente. In questa causa pronunziammo le conclusioni che daremo al n. seguente; *et hoc iure utimur.*

Livio stesso che rammenta questa vecchia favola (1) ce la racconta sol come credenza altrui, onde si faccia un giusto concetto dello spirito de' tempi, non come sua, e molto meno perchè la creda il lettore. Pur tutta volta, supponendo vera quella risposta, ella non disvela altro che un uomo franco ed aperto a chi lo interroga intorno ad una causa. Interpetrativamente se ne vuol dedurre quella che noi prima dicevamo *propalazione del voto*. Questa non entra nelle leggi nuove tra i motivi di sospezione, se non è cognizione preventiva della causa in qualità di consultore, avvocato, arbitro o giudice, e giudice in altro tribunale, ed in altra sede di giurisdizione.

22. Ma ancorchè noi fossimo oggi regolati dalle leggi antiche, viene a proposito la prammatica 22, § 11, *de suspicione officialium* — « Ordiniamo che » quella (*propalazione*) che nasce chiaramente o inter- » petrativamente nell' atto della informazione che si » dà ai giudici del merito della causa, così in ruo- » ta, come per le lor case, non sia bastante moti- » vo per ricusarli, come pure quando si volesse in- » durre da relazioni o pareri, che quelli trasmetto- » no ai magistrati » — Or cosa è mai cotesta *propalazione* di cui si ragiona? Una risposta generale, una frase di urbanità, la quale ancorchè volesse accusarsi di poco misurata (il che non è), non mostra altro, se non che la toga non cangia in tutto il carattere e l' indole di un uomo; che un magistrato può ben essere incorrotto e giustissimo, e non aver l'arte di dissimulare, nè la malizia di fingere, nè la scortesia di non rispondere a chi l' interroga. Che se non si ottenne da lui l' altra cortesia di farsi autore d' una preparatoria favorevole, egli certo non

(1) Liv. XXIX, 18.

potea transigere con la sua conscienza: e non è necessario il rammentare che i giudici possono con prudenza accordare alle parti quello che la legge rimette al loro arbitrio; ma le lor cortesie non debbono sperarsi, che *usque ad aram*: la loro ara è sacra ad una Dea, che non solo è inflessibile, ma che ebbè nuovamente, per mano del nostro giovine Re, bendati gli occhi ad ogni riguardo.

23. Per queste ragioni io dimando in nome della legge, che questa ricusa si dichiari inammessibile, perchè non entra ne' capi, per i quali la legge dichiara ricusabili i magistrati; e che sieno i ricusanti condannati alla multa, ai termini del real decreto del 1828 (1).

VI.

Poteri della corte suprema di esaminare nelle cause di ricusa i motivi di essa, quando il ricusante sia morto in pendenza del ricorso. — Se i motivi di ricusa espressi nell'art. 470 pr. civ, sieno tassativi, o a modo di esempio. — Se il ricorso in materia di ricusa, presentato da chi è morto in pendenza della discussione di essa, sia comunicabile ad altro imputato non ricorrente.

Signori (2), la gran-corte criminale di Aquila con sua decisione degli 11 agosto 1818 dichiarò inammessibile l'instanza di ricusa prodotta dall'accusato

(1) Così fu deciso.

(2) Conclusioni nella causa di *Andrea Valente* e *Giacomo Ventresca*, 1 febb. 1819, Farina comm., Nicolini avv. gen.

Andrea Valente contro il presidente della stessa corte, e contro il giudice commessario della causa. *Valente* ne ha prodotto ricorso per annullamento. Trasmessi gli atti alla corte suprema, egli è morto nelle prigioni. Intanto il suo complice nella stessa causa, *Giacomo Ventresca*, dev' essere ancora giudicato.

2. Sorgono da ciò due quistioni: I, La morte del ricorrente toglie alla corte suprema ogni dritto di esaminare il suo ricorso? II, In materia di ricusa l'instanza di un correo contro il suo giudice, giova all' altro correo, quando la causa è individua?

3. Facile a me sembra la soluzione della prima quistione. La morte dell' accusato estingue ogni azion penale contro di lui. La stessa azion civile nascente dal reato non può sperimentarsi contro chi lo rappresenta, se non innanzi a' giudici civili (1). A che dunque disputar di ricusa contro il presidente ed un giudice della gran-corte criminale, se costoro non possono più giudicare il ricusante, nè chi lo rappresenta? Chiaro è dunque, che attesa la morte del ricorrente non vi è più luogo a deliberare giuridicamente fra le parti sul suo ricorso.

4. Ma trattandosi di un richiamo che tocca l' onore de' magistrati innanzi alla corte suprema, le di cui alte facoltà non si limitano ai particolari di una causa, ma sono intese principalmente a guardare in generale, se sia regolare e conforme alle leggi l' andamento della magistratura (2), non credo fuor di luogo riandare il corso di questo affare, e non solo

---

(1) Art. 40, regolamento del 1808, sotto il cui impero fu trattata questa causa. — Art. 4 pr. pen. — V. la nostra *Procedura penale*, parte prima, § 819 ed 839.

(2) Art. 70 l. org. del 1808. — Art. 132 e 139 l. org. del 1817.

discutere il valore della decisione impugnata, ma anche il merito della ricusa prodotta.

5. La ricusa fu distinta in sei capi: I, detenzione arbitraria del ricusante per più mesi senza mandato di arresto, e senza causa sufficiente: II, niego di giustizia per non essersi agito contra gli autori del suo arresto: III, interesse personale spiegato dal presidente per avere sborsato le spese del processo, premiando con ducati dieci coloro che, dopo di essere stato scarcerato esso *Valente*, lo ricarcerarono (1): IV, convizione prematuramente spiegata dal giudice commessario, la quale, prima della discussione pubblica, ei tenne il ricusante qual reo del misfatto: V, atti illegali e forme di rito conculcate in un esperimento di fatto, ed in alcune osservazioni astronomiche, sulle quali tutta poggiava la difesa di lui: VI, procedimento ulteriore ad onta de' ricorsi alla corte suprema, presentati contra la illegalità di tale esperimento.

6. Di questi sei capi è evidente, che con quattro si attacca piuttosto tutta la gran-corte, che i soli presidente e commessario. Intanto non è la gran-corte intera, la quale sia allegata a sospetto. Tutti i sei motivi si vogliono far servire in appoggio del capo terzo, che attacca il presidente, e del capo quarto che riguarda il commissario. Per lo che non siavi discaro guardar tutta la causa, della quale ogni fatto si cerca far influire su' due motivi di particolare ricusa.

7. Tutto il processo, e le medesime instanze di *Valente*, ed i rigiri della sua difesa, ce lo dipingono per uomo di pessima opinione, rotto ad ogni reato,

---

(1) Le parole dell' art. 378 pr. civ. fr. allora in vigore (470 delle nostre attuali ll. di proc. civ.) sono: *Se ha sborsato danaro per le spese degli atti.*

intrigante, diffamato per violenze e per furti. Molti furti di strada pubblica, commessi nel 1815 e ne' principii del 1816, da associazioni numerose di malfattori, mantenevano inquieto il distretto di Solmona. Fra gli autori di essi, per l'indole facinorosa ond' era temuto, venne indicato *Valente*. Fu quindi, per disposizione della polizia ordinaria, a'17 febbraio 1816 arrestato. Ai 2 marzo l' intendente lo mise a disposizione della gran-corte criminale. Un volume intero di lettere di quel proccurator generale ai giudici di circondario, e di risposte di costoro al proccurator generale, vi attesta il vigile zelo di quel magistrato, e le difficoltà quasi insormontabili, che presentava la rigida stagione per lo viaggio de' testimoni, e per la compilazione del processo. Non appena però si vide che non si riunivano che indagini poco concludenti per i reati de' quali ragionava l' intendente, tosto alla dimanda che il dì 16 di maggio fece l'avvocato di *Valente* per la di costui escarcerazione, il ministero pubblico, ai 16 del maggio stesso, scrisse la sua requisitoria, ed ai 17 la gran-corte ordinò ch' ei fosse liberato.

8. Da ciò vedete come sieno calunniose le proposizioni che di tratto in tratto son gittate nelle memorie di *Valente* intorno alla lunghezza ed illegalità di questo suo primo arresto. La polizia ordinaria in arrestare un uomo della sua tempra, la di cui diffamazione si trovò poi confermata niente meno che da un processo di assassinio (1), usò delle sue facoltà, le quali sono state in seguito meglio determinate e stanziate dai num. 9 e 10 dell' art. 7 delle istruzioni de'22 gennaio 1817 (2). Il trasporto del reo in

(1) Era il nome legale dell' *omicidio con aguato*, secondo il cod. francese che imperava prima di settembre 1819.

(2) Noi demmo il comento di queste nobilissime *Instru-*

quella stagione, non permise di poter egli esser messo a disposizione dell' autorità giudiziaria prima del 2 marzo. L'autorità giudiziaria non potette avere prima di maggio le instruzioni sulla causa. Ma non appena che queste le giunsero, ella si fece un dovere di non perder tempo per esaminarle.

9. E perchè queste non presentavano, non fatti, ma opinioni contro di lui, nè il processo sull'assassinio le era ancor noto, la gran-corte stessa non esitò un momento a metterlo in libertà. Così lo zelo di lei fosse stato in questa occasione meno attivo! Dapoichè mentre *Valente* ai 17 maggio usciva con un altro di prigione per l'imputazione di più furti, ai 19 il giudice di circondario rimetteva al proccurator generale l'istruzione per l'assassinio, commesso dallo stesso *Valente*, e da *Giacomo Ventresca*, nella notte de' 10 febbraio, in persona di *Giuseppe di Pietro*. Questo assassinio era stato riferito fin dai 12 febbraio dal supplente di circondario: ma non so per quale inavvertenza al proccurator generale fu scritto per equivoco *Emiddio Valente*, e non già *Andrea*. Sì fatto equivoco valse la libertà di costui, pronunziata ai 17 maggio. Ma tosto che il proccurator generale dalla lettura del nuovo processo vide provata contro di lui medesimo questa reità capitale, spedì tosto a raggiungerlo un mandato di deposito, e così del processo, come di questo mandato, diede a' 6 giugno conoscenza alla gran-corte; anzi spiegò nella sua requisitoria ch'egli stesso avea consegnato con premura il mandato di deposito al capitano della gendarmeria. La gran-corte in data de' 7 delibe-

---

zioni in un' appendice alla nostra *Instruzione per i giudici di pace*, pubblicata in tre vol. nel 1812. — V. la nostra *Procedura penale*, parte prima, § 80, 84, 309 a 311, 316, 348, e 542, e parte seconda, § 122, 209.

rò, che si spedisse contro de'due rei un mandato solenne di arresto colla soggiunta, che il pubblico ministero prendesse le più energiche ed efficaci misure per la esecuzione. In forza di questi ordini venne carcerato *Valente*; ma menato innanzi all'intendente, questi il mise di nuovo, nel dì 3 del successivo luglio, a disposizione della gran-corte.

10. Questa istoria, registrata in processo, vi mostra quanto sia calunnioso il dire, che il presidente abbia mostrato interesse personale in questa causa. È il ministero pubblico, che spedisce il mandato di deposito; ed egli stesso lo consegna al capitano della gendarmeria. La corte intera, e non il solo presidente, spedisce il mandato di arresto, ed incarica il pubblico ministero a prendere le più energiche ed efficaci misure per la esecuzione. Il carcerato in fine va nelle mani dell'intendente, il quale lo trasmette a disposizione dell'intera corte. In quale di queste scene figura il presidente, come interessato personalmente nell'affare? Qual atto fa argomentare la possibilità, non che l'esistenza del pagamento fatto da lui? Se cosa è da marcarsi in queste procedure, ella è solamente l'ardore infaticabile di questo magistrato per la rapida amministrazione della giustizia. Era urgentissimo, che un uomo non stretto da gravi indizii, non rimanesse ulteriormente in prigione; e non appena che a 16 maggio con sua requisitoria il pubblico ministero rimette il suo destino alla disposizione della corte, subito ai 17 la corte è convocata dal presidente, ed *Andrea Valente* è messo in libertà. Era poi più che urgente, che quest'uomo sçarcerato per equivoco di nome, e nonpertanto reo di atroce misfatto, ricapitasse nelle mani della giustizia. Ai 6 giugno il ministero pubblico domanda la spedizione del mandato di arresto; ed ai 7 è convocata

dal presidente per questo oggetto la gran-corte, ed il mandato è spedito. Cosa mai il rigiro della più cavillosa difesa può trovare in questa condotta, che non sia sommamente lodevole, non che legale?

11. Ma si fa nelle memorie scritte a nome di *Valente* rimbalzare contra l'intera gran-corte, e principalmente sul presidente, il niego di giustizia per non essersi versato sull'abuso di potere della polizia ordinaria nel primo arresto di *Valente* per causa di furto. L'instanza sopra di ciò fatta dall'avvocato sì di *Valente*, e sì dell'altro arrestato per la stessa causa, dice soltanto: *ricorrono alla vostra inalterabile giustizia, e la pregano degnarsi disporre, che siano senza ritardo escarcerati, rimanendo alla cura del pubblico ministero di perseguitare i colpevoli dell' arbitrario arresto, e della illegittima detenzione da' supplicanti sofferta.* Questa è la supplica del 16 maggio, che partorì la scarcerazione di *Valente* segnata ai 17. Solamente la sua scarcerazione era domandata: il resto era rimesso alla cura del min. pub. Or poteva il min. publico, aprire un' istruzione sull' arbitrario arresto di quest'uomo, se venne subito a lui rimesso il processo dell' assassinio, del quale costui era chiarito reo precedentemente all' arresto? L' avrebbe potuto, se quest' ultimo processo metteva nel più chiaro lume la sua rea fama in ogni specie di misfatti? E prescindendo da ciò, qual colpa ha la gran-corte, quale il presidente, se una querela rimessa all' arbitrio del ministero pubblico, non sia stata da lui proseguita?

12. Ma non cessano le doglianze di *Valente* anche per la seconda carcerazione, quasi che fosse stata colpa di quei magistrati, ch' egli da' 3 luglio 1816 sino alla fine del 1818, quando venne a morte in prigione, non fosse stato giudiziariamente disbrigato. Sul che è da osservare, che trasmesso alla gran-corte

questo reo ai 3 luglio, ai 4 ei venne interrogato dal presidente medesimo. I particolari ne'quali egli entra nell' interrogatorio, ed il campo amplissimo che vi si dà alla sua difesa, osservatelo voi stessi nelle sette pienissime pagine, ove diffusamente le sue risposte contengonsi.

13. Viene in seguito nelle forze il complice *Ventresca*, ed è interrogato ai 19 luglio. Sei e più altre pagine sono impiegate per l' interrogatorio di costui. Ma già il pubblico ministero, coll' attività dello zelo che lo distingue, prima di attender *Ventresca*, aveva ai 13 presentato l'atto di accusa, e renduto pubblico il processo. In seguito l'accusa dovette rinnovarsi per *Ventresca*. Or potevasi mai maggior rapidità combinare con la instruzione sugl' interrogatorii, e sui particolari necessarii all'accusa? Potevasi serbar meglio l'ordine del giudizio, e correre con più speditezza al suo termine? Ma che valse ciò a quei magistrati? Da questo punto in poi non vi è eccezione, non dimanda di esperimenti, non repulsa, non rigiro forense di alcuna sorta, che non si sieno impiegati per far sì, che un' accusa, sulla quale potea comodamente pronunziarsi ai principii di agosto 1816, sia già rimasta quasi tre anni sospesa.

14. Non vi parlo delle eccezioni per fasi lunari, e per osservazioni astronomiche. Aquila, città coltissima, non contenea pel trist' uomo chi conoscesse le nozioni preliminari della scienza da cui la soluzione di questi dubbi dipende. Vi bisognava un Piazzi, un Brioschi. E poi s'impugnava il parere de' professori i più celebrati, e si dimandava uno sperimento di fatto. Ma basta leggerne le instanze, perchè chi ha fior di senno conosca che le particolarità che si hanno in mira, e gli ostacoli che si mettono innanzi, sono intesi a turbare ed involvere la verità, non già a metterla in chiaro. L'esperimento

notturno venne accordato. Se non che nello scriversi il verbale che dovette compilarsene, e nell'elevarsi la pianta topografica del luogo, convenne che si disegnasse il punto ov'erano i testimoni, l'altro ove fu sorpreso l'infelice ucciso, e quello da cui sbucarono gli aggressori ch'erano lì presso in aguato. Ma il nome di quei che n'erano accusati, era già noto. Dunque nella pianta e nel processo verbale di sperimento vennero indicati costoro pel loro nome e cognome.

15. Qui all'accusato, qui al suo difensore sembra di cogliere veramente in aguato il giudice commessario. Ha spiegata, essi esclamano, ha spiegata un'anticipata convizione, e quindi è sospetto. Ma credereste forse, che siasi gridato ciò nel mentre l'esperimento si faceva? No: si voleva prima tirare a lungo l'esperimento con proccurare la trasmissione del processo alla corte suprema per ricorso prodotto avverso le osservazioni astronomiche; e la gran-corte a' 24 febbraio 1817 ebbe mestieri di deliberare sull'oggetto, onde dire che trattandosi di atti di procedura e di deliberazioni interlocutorie, non era aperto l'adito alla corte suprema, che dopo la definitiva. Nuovo ricorso per annullamento, nuove eccezioni, nuove deliberazioni e ricorsi dopo di queste. Ciò non ostante lo zelo di quei giudici e di quel pubblico ministero si raddoppiò in faccia agli ostacoli; nè trascorse il febbraio del 1817, che l'esperimento era già terminato. Proteste allora, e dimande di nuovi esperimenti. Queste vennero rigettate. Il momento in cui la discussion pubblica dovea celebrarsi, era venuto. Allora fu, che come ultimo rimedio si produsse l'instanza di ricusa, *presentata dal carcerato Andrea Valente, cui letta la medesima dal cancelliere, disse essere stata formata di sua volontà dal di lui avvocato, e sottoscritta di suo proprio pugno.*

16. In questo foglio il capo di ricusa contro il

presidente si restringe, come sopra io diceva, alla somministrazione di danaro fatta da lui ai capienti di *Valente*; ed il capo di ricusa contro il commessario, all' avere anticipata la sua convizione nell'esperimento. Che il capo contra il presidente sia evidentemente calunnioso, ciò che vi ho poco prima rassegnato di fatto, il dimostra. Che sia indegno di confutazione il secondo, la sua esposizione stessa ve 'l dice. Gli altri fatti che si vorrebbero far riverberare contro l' uno, e contro l' altro magistrato, sono tutti smentiti dal processo.

17. Ma la gran corte criminale (replicava il ricorrente) non ha esaminati questi altri fatti nel merito della ricusa, mentre poteva trarsi da essi qualche argomento di odio o di favore: potea forse trarsene anche l'opposto; ma essi dovevan esser discussi: la decisione senza di ciò non risponde alle dimande della parte, e non è motivata (1). La corte, ei soggiungeva, ha così senza ragionamento dichiarati inammessibili anche questi motivi, i quali chiarivano l'odio de' magistrati pel ricorrente, oggetto generale e fine della ricusa, di cui la gran-corte non si è affatto occupata.

18. Perchè tal quistione si vegga nel vero suo lume, è da rammentare che diventato legge appo noi il cod. di pr. civ. fr., la circolare de'17 giugno 1809 estese indefinitamente i motivi di ricusa ad ogni fatto che potesse far argomentare nel giudice amore od odio per alcuna delle parti. Questa circolare, che senza regia approvazione interpetrava estendendo quell'art. 378, non era che una particolare opinione inspirata dalla

---

(1) Le decisioni in materia di ricusa debbono essere pienamente motivate in fatto ed in dritto. Arresto del 26 febbraro 1836 nella causa di *Niccola Rotondo*, Montone comm., Nicolini m. p.

legislazion romana e da' nostri vecchi usi (1), e gittava in un campo indefinito ed arbitrario la parte la più circospetta della legislazione, qual è la facoltà data a' litiganti di ricusare il loro giudice. L'antica legislazion romana partiva dal principio che mal sedeva giudice in una causa colui che non era voluto dalle parti (2); e per quanto fossero stati poi diversi i principii intorno all'autorità ed agli ufizii de'magistrati, e benchè non fosse più stata bastante la nuda formola antica, *eiero*, senza addurne il motivo, e si fossero voluti scritti i motivi, ciò nondimeno questi non vennero mai determinati, e tutti potevano esser utili, purchè mostrassero che il giudice poteva non essere imparziale. Ma l'odio, l'amore, l'interesse, la debolezza d'animo, la deferenza, furon essi mai così definiti, che rappresentassero un gruppo d'idee sempre costanti e le stesse? Le pene però de' delinquenti, e la definizione di molti reati, erano anche affidate allora all'arbitrio del magistrato. Tutto si decideva *ex bono et aequo*: la conscienza individuale del giudice era più forte della legge. Qual maraviglia è dunque, ch'ei pure in caso di ricusa fosse messo all'arbitrio di altri giudici, i quali ne giudicavano secondo che la lor conscienza, e le circostanze particolari de' fatti, facean sembrargli più congruo?

19. Ma nel nuovo ordinamento giudiziario, in cui non può sperimentarsi un dritto se non garentito espressamente dalla legge, nè può ad alcuna azione darsi nome di reato, se non ne'casi dalla legge espressamente stabiliti, nè può da voi censurarsi una decisione se non per contravvenzione manifesta al testo espresso della legge, come avvenir potrebbe, che un giudice in-

(1) V. questa storia nella nostra *Proc. pen* III, § 281.
(2) Cic. *pro Cluentio*, c. 43. — Plin. *Panegyr.* c. 36.

vestito di parte dell'autorità sovrana, fosse scacciato dal suo seggio per motivi sì vaghi, che corpo e sussistenza prender non possano altronde che dal giudizio incerto e sempre variabile dell'uomo? La dignità della magistratura, il fonte augusto da cui ne deriva il potere, l'indole della nuova legislazione, esigevano provvedimenti più certi, e determinazione *tassativa* di casi, al di là de' quali non può marchiarsi d'onta un magistrato, come non può offendersi alcun dritto privato.

20. Fu dunque saggio consiglio quello di prendere in materia tanto importante gli ordini sovrani. Quindi il rescritto degli 11 dicembre 1813, con cui si statuì, che i capi della sospezione de' giudici sono tassativamente quelli che vengono specificati dal tit. 11 del lib. 2 del cod. di proc. civile (1). Nè già il nostro legislatore trascura gli altri motivi d'indole più generale. Da tante e sì strane passioni è agitato lo spirito umano, che talvolta diventa indegnissimo di giudicare chi più è al coperto da' motivi che la legge assegna alle ricuse giuridiche. Ma questi soli posson esser materia di piato fra le parti. Gli altri son sottoposti al giudizio supremo del Re per le rimessioni

---

(1) Sono i medesimi che quei dell' art. 470 delle nuove *eggi di proc. ne' giud. civ.* E come il rescritto del 1813 non fu che dichiarativo ed interpetrativo di un art. della procedura civ. fr. diventata allor nostra, il quale art. nell' ordine di quel codice era il 378, ed ora nel codice attuale è il suddetto 470, e come la ragione di tal interpetrazione è tuttavia la medesima, così anche dal 1 settembre 1819, epoca della nuova legislazione, i motivi dell' art. 470 pr. civ. sono *tassativi*, nè possono aggiungersene altri per trarli a cause più generali. — Così p. e. è motivo di ricusa *se il giudice è consanguineo o affine delle parti, o di una di esse fino al quinto grado inclusivamente. Quid*, se il parente del giudice sia uno degl'individui componenti un corpo morale il quale è in giudizio? Si è risposto che non è l' indi-

a riguardo della pubblica sicurezza (1). Riteniamo dunque che in giudizio, ed innanzi alle autorità giudiziarie, non possono essere ammessi che i soli motivi di ricusa espressamente preveduti dalla pr. civile.

21. Non pertanto si avrebbe voluto far entrare il mezzo di ricusa del presidente nelle parole del n. 8

---

viduo, ma il corpo morale che ha lite; e la ricusa è stata rigettata. Arresto del 2 luglio 1834, MONTONE comm., NICOLINI m. p.— *Quid*, se il figlio è stato fra i giudici che hanno decisa la causa? Si è risposto che il figlio giudice non è parte. Può dunque il padre decidere in appello, o in corte suprema. Arresto del 25 giugno 1838, nella causa di *Longobucco*, MONTONE comm., NICOLINI m. p. — All'incontro sarebbe motivo di ricusa il confondere nella stessa persona facoltà incompatibili, come quella di accusator pubblico, e di giudice. Quindi chi ha esercitato nella causa l' ufizio del ministero pubblico non può mai essere il giudice. Arresto de' 3 marzo 1820, nella causa di *Luigi Caroselli*, DI FIORE comm., NICOLINI m. p., GIR. MAGLIANO avv. del ricorrente; ed arresto de' 5 aprile 1820, nella causa *d' Ignazio Cagiano*, LIBETTA comm., NICOLINI m. p., CARLO QUARTO avv. del ricorrente.— Non così, se il giudice del merito della causa ne abbia conosciuto prima in qualità d' instruttore delle pruove: egli non ne ha presa conoscenza come giudice nè come arbitro. Anche un giudice di gran-corte criminale può essere l' instruttore di tutto il processo o di parte di esso, e ciò non ostante poi giudica del merito della causa.

(1) Ove manchino i motivi espressi dalla legge, gli altri che possono dimostrare l'odio o l'amore per una delle parti, e far giustamente dubitar della fede e della imparzialità d'un collegio giudiziario, son sottratti alle doglianze giuridiche de' privati, ma non all'occhio del governo, vigilator supremo dei magistrati. Quindi la remissione delle cause da un tribunale ad un altro per motivi di sicurezza pubblica. — Sul che è da osservare, che tolta così una causa dalla sua gran-corte, l' altra cui l' affare è deputato, agisce sempre con giurisdizione ordinaria, ed è soggetta, come la prima, alla censura della corte suprema. Arresti del 6 nov. 1833 e del 3 novembre 1835 nella causa di *Michele Petti* e *Niccola-Maria Casciati*, LON-

dell'art. 378 ove si dichiara poter essere ricusato il giudice il quale abbia somministrato le spese del processo. Or io domando: dato per vero, ciò ch' è smentito dagli atti, che il presidente avesse potuto far dono di duc. dieci al gendarme che menò, non innanzi a lui, ma innanzi all'intendente, il *Valente* arrestato, ha egli con ciò fornito le spese del processo? Ma nel processo esistono tutti i fogli delle indennità, pagate in regola dall' amministrazione del registro. Il fatto dunque che si asserisce onde render sospetto il presidente, potrebbe risolversi non mai in un argomento di odio contra l' accusato, che nemmen egli osa metterlo in campo, ma tutto al più di uno zelo troppo indiscreto. Or il mentovato rescritto non ammette ricuse per improntitudine di zelo: vuole che tassativamente e letteralmente i motivi di ricusa sieno preveduti dal cod. di proc. civ. Ciò non troviamo. Dunque ben fece la gran-corte di Aquila, quando dichiarò questo mezzo irricevibile.

22. E fece benissimo quando dichiarò tale anche l'altro. Il medesimo num. 8 dell'art. 378 vuole che possa ricusarsi il giudice che abbia precedentemente consigliato, aringato, o scritto sulla controversia, o che ne abbia precedentemente conosciuto come giudice o come arbitro. La controversia che dovea decidersi dietro il dibattimento, era se *Valente* fosse o no colpevole, e deciderla nel fine d'esser costui condannato o assoluto. Qual'è la convizione che avendo per fine

---

GOBARDI comm., NICOLINI m. p. — La gran-corte cui per sicurezza pubblica è rimessa una causa, se ne impadronisce in tutta la sua estenzione, e giudica in seguito tutti i rei, benchè non ancora presenti nell' epoca della rimessione. Arresto del 5 marzo 1834, nella causa di *Vincenzo Ladaga*, CELENTANO comm., NICOLINI m. p.

l'assoluzione o la condanna di *Valente*, ha spiegata il commessario prima della pubblica discussione? Egli fu uno de'giudici che intervennero nella spedizione del mandato di arresto; ed allora dovett'essere sufficientemente convinto della di costui reità, ma a fine di farlo giudicare, ed udirne da lui le discolpe. In seguito ei medesimo intervenne in tutte le deliberazioni per ogni eccezione proposta dall'imputato; e siccome queste deliberazioni aveano per base la necessità della di costui detenzione, per tenerlo sotto la mano della giustizia, così anche allora dovette essere convinto della sua reità a questo fine. Procedette in ultimo all'esperimento: l'ipotesi che n'era la base, partiva dal principio che l'uccisore fosse in quella tale posizione, dietro quel tale albero, alla vista di quei tali testimoni. Egli dunque doveva in quel tempo spiegare in ipotesi la sua convizione nel fine di fare l'esperimento. Se egli non è sospetto per aver spedito il mandato di arresto, nè per avere cogli altri giudici rigettata qualche domanda di lui, i quali atti han per base una convizione più forte di reità, molto meno può esserlo per avere spiegata questa convizione in ipotesi nell'esperimento.

23. Nè la nuda materialità delle voci (*Andrea Valente è in quel sito, ed è veduto trarre il colpo*) può trasformare questa ipotesi in convizione reale: poichè il significato de' vocaboli debb'essere determinato dalla natura intrinseca dell'atto, a dinotare il quale s'impiegano. Se dunque questo atto non fu che un esperimento per conoscere la veracità d'un testimone di vista, esso poggia sulla ipotesi che il fatto fosse avvenuto a quell'ora e in quel luogo, e che il testimone cui era noto il reo, si fosse trovato a caso in quel punto. Qualunque di queste circostanze in pubblica discussione fosse stata poi scoperta non vera, avrebbe fatto vacillar l'ipotesi, ed ella dalla realtà sarebbe stata corretta. Chi dunque non vede che il mez-

zo con cui si attacca il commessario, non solo non è preveduto dal codice, ma è così frivolo in se stesso, che se non fosse la importanza delle conseguenze, non meriterebbe un istante solo della vostra attenzione?

24. Se non che il ricorrente è morto nelle prigioni vittima de' suoi lunghi rigiri; poichè è cosa veramente singolare il vedere quanti in questa causa se ne sieno adoperati per trarla a lungo, ed opporsi finanche alla celere spedizione del giudizio di ricusa. Ancorchè dunque fossero stati accettabili i suoi mezzi, non vi sarebbe luogo a deliberare nell' interesse del ricorrente, siccome già dicevamo al principio. Tutta questa discussione non è stata fatta da me, che per purgare i giudici ricusati dalle macchie di cui, per iniqua vendetta contro atti d' imparziale giustizia, si voleva oscurarne malignamente la fama.

25. Nè gli effetti del ricorso dell'estinto sono comunicabili al suo correo, tuttavia vivente e giudicabile. Imperocchè l' instanza di ricusa fu presentata dal solo *Valente*. Si trova, è vero, poscia un' instanza di entrambi, in cui dimandano il differimento del giudizio; ma il richiamo avverso la decisione che rigetta la ricusa, è del solo *Valente*. Non sembra dunque che morto costui, possa subentrare a sostenere il ricorso un carcerato, che nè produsse l'instanza, nè soscrisse il ricorso medesimo. Si aggiunge, che nemmeno in corte suprema è venuto *Ventresca* a far qualche atto che mostrasse il suo ritegno di essere giudicato da que' magistrati. Il dritto alla ricusa è tutto personale, e non riguarda affatto gl' implicati nel medesimo giudizio. Se la ricusa fosse stata ammessa, certo è che *Ventresca*, suo malgrado, sarebbe stato privato de' suoi giudici, ma per la connessione della causa, non per dritto particolare a lui relativo.

26. All' incontro l' instanza della quale ho fatto parola, instanza di differimento per effetto dalla ricusa,

non può tutto al più caratterizzarsi che per una inesione alla ricusa. Ma dov'è la inesione al ricorso? Ed ancorchè vi fosse, ella non è efficace ne' ricorsi per annullamento, che quando li accompagna: la legge non ammette in essi posteriore inesione, nè subingresso ad altrui dritto.

27. Non mi arresto sul mezzo di rito, che si è prodotto avverso la decisione profferita dalla gran-corte criminale, col quale si assume doversi annullar questa, per essere stata pronunziata intesi i difensori del reo, e non il reo medesimo. Voi conoscete che la presenza del reo è necessaria solamente nel dibattimento, e nel giudizio definitivo dell'accusa. Tutti gli atti precedenti, e tutte le precedenti deliberazioni, tra le quali è questa ch' esaminiamo, si fanno udendo i difensori dati legalmente.

28. Raccapitolando dunque il fin qui detto, io trovo in tutto l'andamento di questa causa, e ne' fatti particolarmente da'quali si vorrebbe trarre gli argomenti di ricusa, io trovo così nel presidente e nel proccurator generale, come nel giudice commessario e nell' intera gran-corte crim., tutt' i caratteri di zelo, fermezza, imparzialità, che distinguono un giusto e forte magistrato. Il ritardo della causa è nato dal metodo di difesa, del quale non può discolpare i difensori nemmeno la gravezza ed il fato quasi irreparabile che attendeva il cliente. I motivi di ricusa però sono evidentemente calunniosi nel fatto; e quante volte reggessero in fatto, sarebbero stati, come furono dichiarati, inammessibili per legge. La gran-corte dunque ben fece a dirli tali. — Ma essendo morto il ricorrente, nè essendo il ricorso comunicabile al suo correo, dimando che piaccia alla corte suprema di dichiarare non esservi più luogo a deliberare nel loro interesse (1).

---

(1) Così venne deciso.

VII.

Se nelle cause penali sia ricusabile il magistrato incaricato del pubblico ministero.

Signori (1), la gran-corte criminale di Terra di lavoro in giudizio di ricusa prodotta contro l' ufiziale incaricato del pubblico ministero presso una delle giustizie circondariali, ha trascritto il ragionamento di Legraverend sul proposito (2), ed ha dichiarata inammessibile la ricusa. Questo ragionamento è il seguente.—L' art. 474 pr. civ. dice così: *I motivi di ricusazione che riguardano i giudici, sono applicabili al ministero pubblico, quando esso è parte aggiunta: ma quando esso è parte principale, la ricusazione non può essere ammessa.* Or nelle cause penali il ministero pubblico è sempre parte tanto principale, che l'azion penale gli appartiene esclusivamente (3). Dunque la ricusa contro di lui non può essere ammessa. — Ricorso per parte del ricusante.

2. Non vi ha dubbio che l' art. 474 è l'unico che può risolver la causa. La quistione adunque è, come in quasi tutte le quistioni di dritto positivo, *de verborum significatione.* Definiamo i nomi, nella significazion de' quali la distinzione dell' art. 474 è riposta, ed ogni dubbio svanisce.

3. Ma per far ciò nelle leggi, non dobbiamo farci illudere dall' autorità di qualche scrittore, nè

---

(1) Conclusioni nella causa di *Pasquale Santagata*, 25 aprile 1838, D' Addiego comm., Nicolini m. p.

(2) *Traité de legislation criminelle*, II, ch. 1, *des tribunaux en general*, pag. 45, edizione 1823, Parigi.

(3) Art. 154 l. org. — Art. 2 pr. pen.

dal suono materiale delle voci. Di quali idee è segno la frase legale, *parte aggiunta*? Di quale l'altra frase, *parte principale*?

4. Il ministero pubblico allora è *parte aggiunta* nelle cause civili, quando non per via di *azione*, ma di *rimostranze*, cioè a dire di *requisitorie* o *rapporti*, spiega la qualità di agente del Re presso i giudici, presso i tribunali, presso le gran-corti, presso la corte suprema di giustizia, ed invigila per l'osservanza delle leggi ed alla regolare esecuzione de' giudicati (1). E poche fra le cause civili son quelle, nelle quali il ministero pubblico è incaricato di rimostrare e requirere necessariamente; nelle altre molte il può, quando lo crede utile alla giustizia (2). All'incontro nelle cause penali non vi è procedura, non vi è caso, nel quale, dal principio alla fine, ei non debba esser inteso necessariamente, ed a pena di nullità (3). Dunque nelle cause penali ei dee spiegar sempre, ed in ogni più picciol atto, tutte le funzioni che il ministero pubblico spiegar suole in quelle sole cause civili, nelle quali egli ha nome di *parte aggiunta*.

5. So bene che il ministero pubblico nelle cause penali mal sarebbe qualificato con quest' ultimo nome. Perciocchè se *aggiunto* dicesi propriamente quello che si appoggia ad altra cosa o persona, e che n'è sostenuto sì, che si avanza e cade con essa, e se il ministero pubblico nelle cause penali va sempre da se, e tra le sue facoltà proprie ed essenziali la maggiore è quella di richiedere, rimostrare, eseguire, senza ch'altri si attenti o presuma di dargli forza, o fargli

---

(1) Art. 148, 149, 150, 157 della l. org.
(2) Art. 151 e 152 della l. org.
(3) Art. 153 della l. org. — Art. 111, 131 e *passim* pr. pen.

la strada, egli non ha altro attore in giudizio a cui si appoggi o congiunga. La stessa parte offesa, benchè instante per la punizione, non fa che eccitare queste facoltà, le quali poi si esercitano indipendentemente da lei; ed ella divien pedissequa ed aggiunta al ministero pubblico, non il ministero pubblico a lei. Se dunque il ministero pubblico penale può dirsi *parte*, non può certamente dirsi *parte aggiunta*. Anzi frase nemmeno propria sarebbe questa ne' giudizii civili, benchè non possan essi esercitarsi senza una *parte privata* che spieghi in prima l'azione. Imperocchè in questi giudizii, quando il min. pub. non agisce, ma rimostra, ei non è veramente *parte*, non essendo attore, nè reo convenuto, nè rappresentando l'uno, nè l'altro: egli è propriamente, qual magistrato in mezzo alle due parti, il vigilatore e propugnatore dell'osservanza esatta della legge. Che anzi, sempre indipendente da esse, ei può requirere e rimostrare contro il pensiero e il desiderio di entrambe. Tal frase dunque, anche ne' giudizii civili, ove fu introdotta dall' osservare ch' ei non può spiegarvi il suo ufizio, se non preceduto da contestazione fra altri (1), tal frase non può esservi intesa secondo la volgare e materiale intelligenza delle parole. Ella ha pur quivi un significato particolare e legale, che dinota *parte pubblica*, stabilita presso i collegi giudiziarii nell'interesse, non già delle parti private, ma della legge.

6. All'incontro a tutto ciò ne' giudizii penali, non per qualche causa, ma sempre, il ministero pubblico è essenzialmente intento in tutto il corso del giudizio. È poi *parte pubblica accusatrice* sol quando accusa e spiega

(1) *Non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum.* Dunque *non usque adeo valet, ut aut rationem vincat aut legem.* L. 39, D. *de legibus*; L. 2, C. *quae sit longa consuetudo.*

la sua azione. *Parte pubblica* dunque è frase di *genere*, la di cui significazione lo accompagna sempre: quest'altra è frase di specie, sinomina di *pubblico accusatore*. *Specie*, dicemmo, perchè non sempre egli è tale. Se assiste l'innocenza contro un velenoso querelante, quando specialmente gl' imputati non sono in giudizio, ei non è certo *parte accusatrice*, nè *aggiunta*, perchè non accusa, nè si appoggia ad alcun querelato che sia in giudizio, nè si aggiunge, ma si oppone alla *parte querelante*. Se non che ritiene il suo carattere di *parte pubblica*, perchè rappresenta la pubblica potestà in una delle sue più nobili ed auguste funzioni, qual è quella di rassicurare l'innocenza, e proteggere la pubblica e privata tranquillità e sicurezza. Or con queste essenziali attribuzioni, rimane a vedere come applicheremo l' art. 474 pr. civ. al ministero pubblico penale.

7. Certamente non è nelle voci la forza dell' art. *Rebus non verbis lex posita est* (1). Quest' art. fu scritto per regolare i giudizii civili. E ne' giudizii civili, ove le parti private non ispieghino prima la loro azione, il ministero pubblico non può spiegare alcuna sua facoltà. Ciò nondimeno ei può fare le citazioni e difese, quando agisce o si difende in nome del Re, e per interessi giudiziarii al Re particolari. In questo caso ei non ha dritti nè facoltà maggiori delle parti private, e perciò in un codice di rito fatto per i giudizii civili, ei vi prende nome di *parte principale*. Attaccarlo in questo caso come sospetto, sarebbe stoltezza, uguale a quella di chi volesse allegare la sospezione della sua *controparte*. I motivi ne sarebbero diretti soltanto alla inammessibilità dell' azione, non alla sospezione della persona.

8. Per contrario siccome quando ei rimostra, non

(1) L. 28, C. IV, 32, *de usuris*.

per interesse di parte, ma nella qualità di magistrato incaricato dell'osservanza delle leggi, egli non ispiega più facoltà nè carattere di *parte principale*, così allora è necessario ch' ei dia al pubblico tutta la guarentia della integrità e della fede che debbon dare gli altri magistrati. Non perchè è *aggiunto* alla parte privata, ma perchè è tutto magistrato, ed indipendente magistrato, egli è ricusabile. Dunque la parola *aggiunta*, che leggiamo nell' art. 474 delle ll. di pr. civ. nulla aggiunge alla cosa, nè la definisce: è voce d' accidente, non di sostanza dell' ufizio, usata quivi perchè ne' giudizii civili il ministero pubblico quando semplicemente rimostra o richiede l' osservanza della legge, non può da se far nascere la causa senza azione delle parti private. Non è nuovo il veder chiamate le persone e gli ufizii e le cose con un nome preso da sol riguardo particolare ed estrinseco, il quale non ha che fare con la sua intrinseca natura. L' essere il ministero pubblico sottoposto alla ricusa quando rimostra o richiede, nasce dal suo carattere di magistrato indipendente, come lo è ogni giudice, non da quello di persona aggiunta, cui un altra persona appoggi e sostenga.

9. Or nelle materie penali la legge dice: *I motivi legali di ricusa sono quelli preveduti dalle leggi di procedura ne' giudizii civili: vi si procede colle norme stabilite nelle medesime leggi* (1). Tra le norme abbiamo quella dell' art. 474. Mettiamola in pratica. — Ne' giudizii civili è ricusabile il ministero pubblico, quando procede, non per via d' azione, la quale il rende quivi *parte principale*, ma per via di *rimostranze*, le quali lo rendon quivi *parte aggiunta*. E come sotto questo secondo a-

(1) Art. 398 e 499 pr. pen.

spetto ei non è sempre obbligato dalla legge ad intervenir nella causa, così può spesso evitare di rimostrare e requirere. Ma ne' giudizii penali l' ufiziale incaricato del pubblico ministero dee proceder sempre per via di *rimostranze*, anche dopo che ha spiegata l' accusa, come avviene in tutti gli atti preparatorii della pubblica discussione, e in tutto il corso della discussione pubblica medesima. Dunque sempre ne' giudizii penali ei dee far quello, per cui talvolta può essere ricusato il ministero pubblico ne' giudizii civili. Dunque, se il senso volgare delle voci non ripugnasse alla sua natura, egli sempre vi è *parte principale* e *parte aggiunta*, o per dir meglio egli è sempre *parte rimostrante*, *parte requirente*, magistrato sostenitore dell' interesse della legge. Dunque ei può essere sempre ricusato per i motivi e con le norme delle leggi di procedura ne' giudizii civili, non altrimenti che il ministero pubblico civile, quando col nome anche per lui improprio di *parte aggiunta*, rimostra, require, e senza riguardo alle parti che han promossa la causa, vigila e promuove l'esatta osservanza delle leggi.

10. Il che non lascia alcun dubbio se volgiam l' occhio alle altre disposizioni legislative, che danno al ministero pubblico penale ben altre facoltà e doveri del pubblico ministero civile. Egli oltre gli ufizii che ha comuni col ministero pubblico civile, *insister debbe per la regolarità delle forme in tutto il corso del giudizio, e per l'applicazione della legge* (1): egli è ufiziale primario della polizia giudiziaria, e capo degli altri ufiziali minori (2); e se atti d' instruzione e di polizia giudiziaria possono farsi in mille casi anche dopo l'ac-

(1) Art. 153 della l. org.
(2) Art. 155 della l. org. — Art. 12 e 23 pr. pen.

cusa, è articolo espresso di legge, *che ogni ufiziale di polizia giudiziaria può essere allegato a sospetto* (1): egli dirige tanto i giudici instruttori, quanto i giudici regii per tutte le dipendenze del giudizio: egli se lascia inosservata una nullità di forma, o un'insidia delle parti, può far cadere irreparabilmente il giudizio: egli ha la facoltà di spedire i mandati di deposito, facoltà ch' esige la più delicata ed impassibile riserva: egli può ritardare o affrettare un giudizio a suo piacimento: egli con le sue dimande in nome della legge può turbar l'ordine della discussione, e intimidire i testimoni: egli ha la direzione e la vigilanza delle prigioni, e dei carcerati, e può tollerarne o impedirne a suo piacimento la comunicazione, dalla quale sovente la convizione ch' emerge dalla pubblica discussione, dipende: egli può sospendere con atti inopportuni l' esecuzione de' giudicati, ch' egli solo ha dalla legge la facoltà di eseguire. E vi è mai atto in cui egli proceda con quel solo carattere di *parte principale* con cui talvolta il ministero pubblico presso i tribunali civili fa citazioni, ed esercita un'azione per gl'interessi pecuniarii del Re? Vi è atto nel quale ei senza scelta sol tenda come attore a far condannare il reo convenuto, o come reo convenuto ad evitare qualche condanna (2)? Vi è atto nel quale ei non proceda come puro magistrato, e magistrato della più estesa influenza e illimitata fiducia del governo e del pubblico (3)?

11. Or magistrato sì fatto, potrà ei solo, essendo

---

(3) Art. 498 pr. pen.

(2). Questo è il senso di *parte principale* ne' giudizii civili. Nelle cause penali il ministero pubblico è *parte principalissima*, ma non in questo senso.

(3) Art. 156 e 157 l. org.

padre, o fratello, o coniuge, o congiunto fino al quinto grado dell' accusato, spedire o non spedire un mandato di deposito; scegliere per l' esecuzione d' un mandato di arresto l'uomo energico e incorruttibile, o il dappoco e il deferente; dirigere l' instruzione delle pruove in un senso o in un altro; favorir cogl' indugi le difese, o coartarle con pressa importuna; richiedere in fine alla presenza del reo, ed in udienza pubblica, la libertà di lui o la morte? Il pubblico riderebbe certo all'indulgenza, come inorridirebbe al rigore. Nè minore scandalo sarebbe, se il m. p. in atto del giudizio avesse una lite civile o un processo criminale con alcuna delle parti; s' egli fosse creditore d' esse, o debitore; s' ci ne fosse tutore; se fosse stato precedentemente difensore e consultor della causa; se schivo non fosse ad offerte e a promesse, dimostratrici della corruzione del cuore. Quali sospetti ecciterebbe ciò, quante querele, quai moti incomposti d' ira e di vendetta! — Qualunque ne sia la causa, dice Legraverend, il ministero pubblico penale non può essere ricusato giammai. Farebbe bene però, s' egli si astenesse. — Ma io domando, come il potrebbe, se la ricusa volontaria, quando non venga fondata sulla legge, dee dichiararsi inammessibile? Si asterrà forse di fatto? Ma niun magistrato può ricusare il suo ufizio, se non ne' casi in cui la legge l'ordini o permetta (1). Altrimenti ad ogni

(1) Un giudice correzionale sentendo troppo d' esser uomo in una pubblica discussione, discese ad ingiurie e vie di fatto verso una delle parti, che lo aveva insultato. Non essendo stato per ciò allegato a sospetto, nè offrendo egli la ricusa volontaria, passò a pronunziare in merito. La gran corte criminale che decise sull' appellazione del condannato, giudicò, che questo giudice, per le ingiurie da lui restituite in pubblica udienza alla parte, era decaduto *di fatto* dalla qualità di giudice, e ne annullò la sentenza, e commise la cau-

lieve apprensione o d'inimicizie potenti, o di pubblica maldicenza, ei potrebbe impunemente disertar dall' insegna, a militare sotto cui, ed a fronte di qualunque pericolo, è per indole della carica, e per saldo giuramento obbligato.

12. So che alcuni credono offesa la dignità della toga, se si apra troppo la via a questi rimedii legali (1). Io per me credo il contrario. Il magistrato forte ch' è chiamato in pubblico a render conto dell'integrità con cui esercita l'ufizio, dee goder del cimento, perchè questo disvela a tutti la virtù di lui, e ne assicura il trionfo. All' incontro, secondo i principii che combattiamo, si potrebbe in qualche caso ricusare il ministero pubblico civile, ed il penale non mai; perchè il penale non sarebbe mai *parte aggiunta*, se si stesse alla materiale significazione della frase: assurdo di cui non so se altro possa darsi più pericoloso ed iniquo. — Io son dunque d' avviso, che ogni ufiziale incaricato del ministero pubblico negli affari penali, sia ricusabile al par d'ogni altro magistrato; e che avendolo la gran-corte sottratto a questa legge comune a tutta la magistratura, gli ha dato un privilegio odioso, che offende la legge. Domando perciò l'annullamento della decisione (2).

---

sa ad altra giustizia circondariale. La corte suprema riprovò tal giudizio. Il giudice poteva esser accusato di reato in ufizio, poteva essere *preso-a-parte*, poteva essere allegato a sospetto. Ma nulla di ciò si era proposto; e niuno, investito dell'autorità del governo, può di fatto cessare dall'ufizio. Arresto del 27 gennaio 1836, nella causa di *Aniello di Domenico*, De Luca comm., Nicolini m. p.

(1) Di ciò abbiam tenuto lungo ragionamento nella nostra *Proc. penale*, III, § 125 e segg. — V. Claudio Tolomei alla sua lettera prima del lib. IV.

(2) Così venne deciso.

VIII, IX, X.

AZION CIVILE CONTRO I GIUDICI

GIUDIZIO DI AMMESSIONE.

DIFESA DI GIUDICI PRESI-A-PARTE (N. VIII). — *In quali casi possa darsi il permesso di citare il magistrato preso-a-parte. — Presa-a-parte per motivo di dolo.*

SEZ. I. *Oggetto della causa, e principii che la risolvono.*

I. Stato della quistione, § 1.

II. Fondamento, fine, misura dell' azione civile, o sia della presa-a-parte contro i giudici, § 2 e 3.

III. Triplice condizione, senza la quale la presa-a-parte è inammessibile, § 4.

IV. Se non che l' esame preliminare se ne fa sempre sul solo libello d'azione, e sulle sentenze o decisioni che l'hanno occasionata, § 5.

V. *Proposizione.* — L' azione di cui ci occupiamo non è accompagnata da alcuna delle tre condizioni, § 6 e 7.

SEZ. II. *Storia e discussione della causa.*

I. Osservazione generale, § 8. — Sei sono le decisioni che formano il fondamento dell' azione dell' instante, *ivi.*

II. *Prima decisione*, § 9. — Ella fu preceduta dal contraddittorio fra le parti, § 10. — Indole del contraddittorio nelle cause di falsità, § 11 e 12. — Suoi effetti, § 13, 14, 15. — Testo della decisione, § 16. — Giusta, e non dolosa, ella non può dar luogo a presa-a-parte, § 17, 18, 19.

III. *Seconda decisione*, § 20. — Ragionamento sulla giustizia della stessa, § 21 a 24.

IV. *Terza decisione*, § 25. — Giustizia della decisione, § 26, 27, 28. — Nota scritta dal proccurator generale in piè d' una dimanda, dalla qual nota si traggono false ragioni di dolo, § 29. — I ragione, § 30. — II, § 31 a 34. — III, § 35 e 36. — IV, § 37. — V, § 37 e 38 — VI e VII, § 39 e 40. — VIII, § 41. — IX, § 42. — X, § 43. — XI, § 44. — XII, § 45, 46 e 47. — XIII ed altre, § 48.

V. *Quarta decisione*, § 49. — Confutazione de' motivi di presa-a-parte per dolo, i quali si deducon da essa, § 50 a 56.

VI. Confutazione d' un altro motivo indipendente dalle decisioni, § 57 a 59.

VII. *Quinta decisione*, § 60.

VIII. *Sesta decisione*, § 61.

IX. Raccapitolazione degli argomenti, e conclusione, § 62 e 63.

GIUDIZIO DEL MERITO.

Concl. prima (n. IX). — *Presa-a-parte per denegata giustizia.*

I. Stato della quistione, § 1 e 2.

II. Serie de'fatti che dimostrano calunniosa la querela, § 4.

III. Differenza tra omissione o rifiuto che porta semplicemente a nullità, ed omissione o rifiuto che constituisce la denegata giustizia § 5, 6 e 7.

IV. Applicazione della teoria alla causa, § 8, 9 e 10.

V. Conchiusione, § 11.

Concl. seconda. (n. X). — *Presa-a-parte per motivi di dolo.*

Sez. I. *Stato della quistione.*

I. Utilità de' giudizii di presa-a-parte, § 1. — Come può renderne nobile, non che lodevole l'esercizio, l'intenzione e la franca condotta di chi ne sostiene l' azione, § 2.

II. Definizione della presa-a-parte, secondo il dritto romano, § 3.

III. Azione spiegata in questa causa: permesso dato di citare i magistrati presi-a-parte, § 4.

IV. Occasione di questa presa-a-parte, § 5, 6 e 7.

V. Sette motivi, intesi a provare il dolo de'magistrati, § 8

Sez. II. *Discussione del merito di sì fatti motivi.*

I. Osservazione preliminare di fatto, § 9.

II. Principii, § 10. — Il danno sofferto è il fondamento della *presa-a-parte*, § 11. — Diversità fra la presa-a-parte, e la ricusa, § 12. — Applicazione di questi principii alla causa, § 13 e 14.

III. Esame del *primo motivo*, § 15. Fatti che vi son relativi, § 16, 17. — Discussione di questi, § 18 a 23. — Cosa sia dolo del giudice, § 24 e 25.

IV. Corso del giudizio, § 26 a 35. — Come dopo que-

sti atti sorse la *presa-a-parte*, § 36. — Conchiusione della discussione del *primo motivo*, *ivi*.

V. *Secondo motivo*, § 37.

VI. *Terzo*, *quarto* e *quinto motivo*, § 38.

VII. *Sesto*, § 39. — Limiti del potere di tenere in arresto o sotto mandato i testimoni sospetti di mendacio, § 40. — Il permesso di rimpatriare a' testimoni sottoposti a mandato, non fu un favore, ma giustizia, § 41 e 42.

VIII. *Settimo motivo*. — Quando debbano le gran-corti criminali giudicare con sei giudici, quando con tre o con cinque, § 43 e 44.

IX. Raccapitolazione di tutto il ragionamento, e conchiusione, § 45 e 46.

Sez. I.

Oggetto della causa, e principii che la risolvono.

Oggetto della causa (1). — La *gran-corte criminale di Napoli* ha rigettato con più decisioni le querele di *Francesco Cuomo* contro i sigg. *Ignazio Mayer* e *Giuseppe Beltrani*. La corte suprema ha

(1) Quest' allegazione fu scritta nella fine del 1823, dopo aver io difeso nella gran-corte criminale e ne' tribunali civili i sigg. *Mayer* e *Beltrani*. Sostenni poi l' azion di calunnia contro di *Cuomo*, e costui ne fu condannato. Mio contradditore fu l' avvocato Girolamo Maio, figlio del vice-presidente Gaetano, che antico e riputato magistrato, autore di opere legali, e cultor delle Muse, è stato il soggetto di onorata menzione nella nostra *Proc. penale*, III, § 916.

dichiarati *irricevibili* i moltiplici ricorsi di lui (1). Di *quattordici* magistrati che in quelle decisioni presero parte nell'affare, egli ha *preso-a-parte* soltanto il *procurator generale*, il *vice-presidente* e *due giudici*. La *corte suprema*, *camera civile*, dee definire se possa permetterglisi di citare i *presi-a-parte* innanzi alla *camera criminale*, ond' ei vi sperimenti la sua azion civile contro di essi.

2. Principii generali. — La *l.* 15, D. V, 1, *de iudiciis* fissa i principii della *presa-a-parte*, o sia dell' *azion civile contro i giudici*, quando *iudex litem suam facere intelligitur*. Qual mai però, secondo questa legge (2), qual è il fondamento, quale il *fine*, qual la misura di una tale *azione*?

3. Il fondamento e il *principio* dell' azion *civile* contro i giudici, è la *dolosa iniquità* della sentenza: *cum iudex dolo malo in fraudem legis sententiam dixit*. Dolosa iniquità; dapoichè altrimenti ogni sentenza rivocata in grado di appellazione, ogni decisione annullata dalla corte suprema, darebbe luogo a *presa-a-parte*. — Il *fine* n' è la riparazione de' danni sofferti: *ut veram aestimationem litis praestare cogatur iudex*. — La misura di questa *estimazione* è indicata dal Pothier (3). Se l' attore *in presa-a-parte* è stato

---

(1) Arresto del dì 29 agosto 1823, Parisi comm. Criteni m. p., Gir. Maio avv. del ricorrente, Nic. Nicolini resistente al ricorso.

(2) Merlin sulle tracce di Savoie de Rollin stabilisce che i soli principii del dritto romano regolano la *presa-a-parte*. — *Les Romains, qu' il faut toujours citer quand on parle de legislation, avaient imprimé dans leurs lois mêmes, ce sentiment de respect qu' on devaint à ceux qui étaient chargés de les faire exécuter. Nous avons adopté l' esprit des lois de Rome: elles ont réglé nos principes sur les prises-à-partie.* — Merlin, *Repertoire*, alla parola *Prise-à-partie*.

(3) Ad lib. 5 *pandectarum*, tit. 1, n. 72.

(come nel caso nostro) attore nel giudizio del quale egli si duole, l'estimazione è *quantum ipsi condemnandus fuisset reus, qui iniqua sententia absolutus est.*

4. Le quali cose ragionate ed esemplificate da Merlin, da Pigeau, da Lepage, da Crouzillac, da Carré etc. etc. hanno stabilito la massima che fuori de'casi in cui la *presa-a-parte* sia espressamente pronunziata dalla legge, com'è p. e. la denegata giustizia nell'art. 4 delle ll. cc., l'ammessibilità di quest'azione dipende dall'esame, I, se la sentenza sia ingiusta; II, se l'ingiustizia sia nata da *dolo*; III, se abbia prodotto danno al ricorrente. Qualunque manchi di queste tre condizioni necessarie per autorizzar l'azione, non può accordarglisi affatto la permissione di notificarne il libello a'giudici *presi à parte* (1).

5. In questo giudizio preliminare di *permissione di citare*, o sia di *ammessione dell' azione* (2), l'esame delle tre quistioni, si fa solamente sul libello dell'azione, e sulle sentenze o decisioni pronunziate. Queste debbon essere manifestamente ingiuste; manifestamente dee risultarne il danno del ricorrente; il dolo del giudice dee potersene argomentare sufficientemente. — Mettiamo a questa pruova il libello di *Cuomo* con le decisioni delle quali è quistione.

6. Fortunatamente nella causa di cui si tratta, sì fatte decisioni, e gli atti del procedimento, sono stati altra volta sotto gli occhi della corte suprema nella disamina de'quattro ricorsi per annullamento, prodotti da *Cuomo* contro alcune di quelle. Nel

---

(1) Carré al tit. 3, lib. 4, cod. di proc. civ. — Merlin, *Repert.* alla parola *prise-à-partie*, 4 edit.

(2) Art. 574 e 578 delle leggi di proc. civ.

dì 29 agosto 1823 essi vennero tutti e quattro dichiarati *inammessibili* (1). Anzi il ministero pubblico presso la corte suprema rappresentato dal sig. Criteni, magistrato amplissimo il di cui solo nome vale un elogio (2), dopo aver ciò domandato, dimostrò *subordinatamente* la giustizia delle decisioni impugnate, e la regolarità del procedimento, ond'escludere finanche la possibilità d'un annullamento nell'interesse della legge.

7. Solamente è da premettere, che *Cuomo* non ispiegò la sua *presa-a-parte* se non quando con atti formali i suoi contraddittori il fecero accorto, ch' egli nel furore di quei suoi tanti ricorsi si avea lasciato cader il codice di mano, e in presentar quelli aveva obliate le forme di rito le più ovvie, benchè prescritte *a pena di decadenza* (3). Allora fu veramente che vedendo inutile ogni attacco contro le decisioni, ci se la prese contro gli autori di esse. Nè risparmiò gli avvocati contrarii, non d' altro rei che di difendere l' altra parte (giudicata già calunniata e innocente), e di aver lui, per solo obbligo di difesa e con tutta l' urbanità che professano, di quegli errori avvertito. Ma non sì tosto in corte suprema l'avv. gen. Criteni aperse le labbra, che

Virtù contro furore
Prese allor l' arme, e fu il combatter corto.

Le osservazioni che oggi si presentano, sono come un'*appendice* all' arresto della corte regolatrice. Ci

---

(1) V. *sup.* la nota 1 alla pag. 182.
(2) Oggi vice-presidente della consulta di stato.
(3) Una di queste forme obbliate era di non aver notificato il ricorso agl' imputati. — V. il n. V del vol. 4 di queste *Quistioni*.

guardi il Cielo però d'imitare in queste lo stile iracondo dell'avversario. Rammentiamo troppo il detto di *Aristofane* nelle *Rane*:

Le fornaie sòn use
Proverbiarsi, *e non le sacre Muse* (1).

Sez. II.

Storia e discussione della causa.

8. Sei decisioni ha la gran-corte pronunziate in questa causa. Quale d'esse è ingiusta? — Ecco la prima nostra quistione (§ 4). E si avverta che noi ci potremmo finanche contentare che *Cuomo* ci facesse la sola dimostrazione d'*ingiustizia*, senza obbligarlo all'altra più dura del *dolo*. Egli però trascura interamente una tal dimostrazione; nè forma un solo argomento per la ingiustizia delle decisioni, divertendoci da essa con declamare a suo modo contro il procedimento. Ma i particolari di questo erano più proprii de'*ricorsi*, che della *presa-a-parte*. — Oltre a ciò, quale di sì fatte decisioni gli ha arrecato danno? Ecco la seconda quistione (§ 3) ch'egli evita. Guardiamo noi entrambe queste quistioni principali in ciascuna delle sei decisioni.

9. *Prima decisione*: ella è del 13 febbraio 1823. — *Mayer*, *Beltrani*, e *Cuomo* presero per un anno, dal 1 ottobre 1821 a tutto settembre 1822, l'appalto generale delle sussistenze dell'armata austria-

---

(1) Att. III, sc. 3, nella gara tra Eschilo ed Euripide. È un Dio paciere che parla. Alfieri traduce così:

Che ben potresti, *Eschilo*, *tu senz' ira*
Biasmar biasmato. Il dir dei vituperii
A' poeti disdice; *alle fornaie*
Addicesi. — L'avversario e la moglie, sua proccuratrice, erano negozianti di farina.

ca nel regno. *Cuomo* rapresentava ventidue delle 100 *carate* nelle quali si divideva l'impresa: presso a poco 175. In luglio 1822 si stipulò una transazione fra i socii. *Cuomo* si rinfrancò de'suoi capitali in trenta mila ducati, e si ricevette 32000 ducati di utile per soli nove mesi, quitando interamente gli altri due socii, e rinunziando ad essi ogni maggior vantaggio che avesse potuto risultare da un più minuto conteggio. Si stipulò del pari, ch'ei si traeva fuori di ogni danno, qualunque avesse potuto essere l'esito del conto finale col governo.

10. Rinfrancato che si ebbe *Cuomo* del suo *capitale* in *trentamila* ducati, ed esatto che n'ebbe l'ingente utile di *trentaduemila* (1), attaccò di *falsità* i libri sociali, e di *frode qualificata* la transazione. Nell'atto della preliminare contraddizione, *Mayer* e *Beltrani* sostennero che i libri sociali non erano stati elemento del contratto; che questo si era fatto sul fondamento della conoscenza particolare che avevan le parti di tutto l'andamento della società; e che il volere allora un conto da'libri, distruggeva la transazione. All'incontro gli *art.* 1924 e 1925 ll. cc. vietano contro le transazioni ogni azione di lesione; e se dan luogo all'azione di *dolo*, questa non è *criminale*, e non ha nome nelle *leggi penali*, ma è da sperimentarsi ne' tribunali civili a'termini degli *art.* 1070, 1071, 1258 e segg. — Queste eccezioni erano *perentorie* ed attaccavano la *competenza penale*. Con tutto ciò il giudice instruttore ordinò *la*

---

(1) È grazioso che nel libello di *presa-a-parte* quest'utile *in nove mesi* di 32000 per 30 di capitale è detto da *Cuomo* picciola somma, utile lesivo, *soli 32mila ducati*! Foss'egli di quella tal natura

Che mai non empie la bramosa voglia,
E dopo il pasto ha più fame che pria?

esibizione de'libri, come desiderava *Cuomo*, e senza decisione della gran-corte aprì la istruzione.

11. È nota anche ai tironi l'origine della *contraddizione preliminare* nelle cause di *falso*. I Romani legislatori videro, che non poteasi in queste aver sempre per accusatore colui, che primo chiamava un altro in giudizio: sovente preveniva l'accusa, non già quella delle due parti ch'era stata lesa e vi avea maggior dritto, ma quella che aveva impudenza maggiore e più sfrontata petulanza. Perlocchè la *l.* 22, *C. de falsis*, statuì: *ubi falsi crimen inciderit ..... non accusatori tantum quaestio* (1) *incumbat ..... sed inter utramque personam sit iudex medius ..... tamquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium* (2). Quindi le nostre antiche leggi, e la legge del 20 maggio 1808 (3), chiamano queste querele, *accuse di dubbia reità*; azioni cioè le quali è dubbio in principio se sieno *civili* o *criminali* (4); ed ove

---

(1) Qui *quaestio* è presso a poco *dritto di accusare* o *accusa*, come nella *l.* 8, *D.* XLVIII, 4, *ad leg. iuliam majestatis*, nella *l.* 17 § 12, *D.* L, 1, *ad municipalem*, nella *l.* 6 § 3, *D.* L, 2, *de decurionibus*, etc. Dunque *non accusatori tantum quaestio incumbat*, può ben tradursi, *non spetta al solo primo querelante il dritto di accusare*, *ma* ec. ec.

(2) Da'quali principii discende ne'giudizii di falsità l'antica formola, *veniant partes coram*. E ne'giudizii penali presso i tribunali antichi questo era l'unico caso nel quale i rei, benchè non presenti legalmente in giudizio, si udivano, e le contraddizioni erano d'ordinario seguite dalla deliberazione: *fiant diligentiae pro veritate facti*. Il che importava una specie d'indagini, quasi in forma civile, per l'una e per l'altra parte, prima che si aprisse l'adito al giudizio penale. — *V.* la nostra *Proc. penale*, parte seconda, § 957.

(3) *Art.* 107 e 163 n. 3.

(4) Queste sono fra quelle cause che non possono mai ben definirsi se non da chi conosce a fondo l'indole ed i caratteri

sieno criminali, non bene vi si può definire chi sia il *vero accusatore* ed il *vero reo*, se non dopo che siasi instruito su ciò che han detto le parti in *contraddizione*. Fino a quel momento non vi è ancora *accusa*, nè *reità*: il giudice non ha fatto altro che starsi *medius* fra le parti *ad imitationem relationis*, la quale non gli dà altro ufizio che di udire: *quae solum audiendi mandat officium*.

12. E ciò prende maggior forza per le leggi novelle. L' attore principale nelle cause criminali è il solo *pubblico ministero*. Fino a tanto ch'egli non fa sua l'azione, e non domanda almeno qualche mandato contro il querelato, non vi è ancora azion penale instituita, nè vi è *imputato*, non che *accusato criminale*.

13. Mal dunque si lagna *Cuomo* che si fossero udite, in quello stato di semplice *atto di contraddizione*, le eccezioni degl'*imputati Mayer* e *Beltrani*, benchè *non presenti* con un modo di custodia in giudizio. Che va egli parlando di *modi di custodia* e d' *imputati*? Vi è ancora *imputato* fino a tanto che il giudice *stat medius inter utramque partem*? fino a tanto che non ancora il proccurator generale accoglie la querela? fino a tanto ch'è dubbioso se l'azione sia *civile* o *criminale*, e quando è criminale, per parte di chi stia l'offesa, e se il *vero querelante* sia colui che ha prevenuto il giudizio, o colui che vi è stato chiamato? Le eccezioni ne' giudizii di falso prodotte da qualunque delle parti nell' *atto di contraddizione* sono legalissime, e la gran-corte dee pronunziarvi, ad onta che chi ebbe in prima l'apparenza di reo convenuto, non sia sottoposto ad alcun modo di custodia.

---

degli atti civili, i quali sono attaccati di falso. V. il nostro discorso, *Della divisione dell' avvocheria criminale dalla civile*, vol. 4 di queste *Quistioni*, n. I.

14. Ed ecco perchè il proccurator generale legalissimamente ritirò dal giudice istruttore il processo; e quando costui non si era arrestato alle prime eccezioni di *Mayer* e *Beltrani*, tutte *perentorie* e di competenza, il proc. gen. le propose alla *gran-corte*. Se avesse fatto altrimenti, avrebbe potuto essere veramente *preso-a-parte*, come reo di *denegata giustizia*.

15. Nè il proc. gen. cadde in contraddizione con la sua prima ordinanza. Egli qual capo e direttore della polizia giudiziaria, nel rimettere al giudice istruttore il ricorso di *Cuomo*, lo aveva incaricato « di for-
» mare dopo il *contraddittorio* il corrispondente pro-
» cesso, qualora nel fatto avesse rinvenuto *reità pu-*
» *nibile*. » In quello stato dunque il proccurator generale si contentò del fatto dell' instruttore, quando costui avesse giudicato bastante il contraddittorio per aprire indagini criminali. Ma nel *contraddittorio* erano sopravvenute quelle eccezioni, le quali cangiavano lo *stato dell'affare;* nel quale stato non più il *giudizio* dell' istruttore, ma quello della gran-corte occorreva, onde decidere *se si fosse rinvenuta nel fatto reità punibile*.

16. Per tal modo la gran- corte s' impadronì della causa; e con la sua decisione del detto dì 13 febbraio 1823, dopo aver esposto tutto il fatto ed il tenore della *transazione*, disse ciò che segue:

» Atteso che questi fatti, e l' espressioni del
» contratto stabiliscono invariabilmente l' idea di una
» transazione basata sull'incertezza e sulla eventualità
» di un'impresa, e questa idea de'contraenti fu viep-
» più sviluppata in un articolo addizionale, scritto
» a garentire la quiete di *Cuomo*, espresso in que-
» sti termini: — *Si spiega per maggior chiarezza*
» *che qualunque possa esser l'esito del conto fi-*
» *nale col governo pe' nove mesi, ancorchè si fa-*

» *cesse dell' attrasso*, *non dovrà Cuomo risentir*
» *cosa alcuna*, *ma debba restar ferma la presen-*
» *te transazione*: — Atteso che quantunque *Cuomo*
» possa e debba ricevere gli utili degli altri tre mesi
» non contenuti nella transazione, pure di questa
» rata di utile non è parola, nè proposito ancora,
» e deve egli sperimentare le sue ragioni in un giu-
» dizio civile, cominciando a chiedere il conto di
» questa gestione a' socii ed amministratori: — At-
» teso che il libello presentato da *Cuomo* al pub-
» blico ministero, come primo agente della polizia
» giudiziaria, fu rimesso al giudice instruttore col-
» l' incarico condizionato di procedere all' istruzione
» del processo, *quante volte avesse ritrovato reità*
» *punibile*, ed è oggi solamente, che dietro la *con-*
» *traddizione* eseguita, e dietro l' *esibizione del*
» *contratto* (1), il pubblico ministero e la gran-
» corte possono conoscere dell' esistenza della verità
» nello stato attuale, e se per ora vi sia nel fatto de-
» dotto *materia punibile*: — La gran-corte nella came-
» ra di consiglio, a voti uniformi, e coerentemente
» alle orali conclusioni del pubblico ministero, ha
» dichiarato e dichiara, che nello stato attuale non
» vi è luogo a procedimento criminale. Le parti si
» provveggano come di dritto nel giudizio civile
» tanto per le conseguenze della transazione passata
» tra i sigg. *Mayer*, *Beltrani* e *Cuomo*, quanto
» sul conto degli altri tre mesi di gestione non com-
» presi nella medesima transazione, salvo il diritto

(1) Per una pruova della buona fede di *Cuomo*, basta osservare, ch' egli accusò come fraudolenta la *transazione*, senza osare di presentarla. Essa venne esibita da *Mayer* e *Beltrani* nell' atto della contraddizione. Vedete come lo *stato della causa* dopo la *contraddizione* poteva dirsi lo stesso che prima.

» delle parti in esito del giudizio civile a dedurre
» quanto possa loro, o a ciascuna di esse competere
» in linea penale. »

17. Or quale è l'ingiustizia di questa decisione? Qual diritto di *Cuomo* è stato con essa violato? Qual danno, qual interesse ne ha egli sofferto? Egli non potea sperimentare che l' *azion civile*: questa gli si è renduta salva nel giudizio civile. — Ma perchè, *Cuomo* ripiglia, perchè *Mayer* e *Beltrani* negarono un *conto regolare*? Appunto perchè avevano fatta la transazione. E se *Cuomo* aveva ancor dritto a questo conto, perchè no 'l domandò ne' tribunali civili? Perchè non fece distrugger prima la transazione con l' azione di *dolo*? — Ma come parlar più di *dolo*, come di *conto*, come di *libri sociali* per quei primi nove mesi, se nella transazione è scritto: « Intende *Cuomo* ampiamente quitare detto *Mayer* e » *Beltrani*, e vicendevolmente resta quitato da' » medesimi, *QUALUNQUE POSSA ESSER L' ESITO DEL* » *CONTO A TUTTO GIUGNO* 1822, *SOPRA IL QUA-* » *LE NON POTRANNO PIU' RIVENIRE LE TRE PARTI* » *CONTRAENTI*. » E più appresso: » Qualunque » possa esser l' esito del *conto finale* col governo » pe' nove mesi, anche se si facesse dell' attrasso; » non dovrà *Cuomo* risentir cosa alcuna, ma deb- » ba restar ferma la presente *transazione* ». Oggi che il *conto finale* col governo è stato giudicato andar bene, non andrà più bene la transazione?

18. Oltre a che la decisione della gran-corte è passata in giudicato. È dunque una *verità legale* contro di cui non si può più insorgere. *Cuomo* stesso vi si acchetò, e la trovò tanto giusta, che, gridatore e contenzioso com'è, non ne produsse ricorso.

19. Si aggiunga ch'ella fu pronunziata nella *prima camera* dal presidente *Caporeale*, e da' giu-

dici *cav. Trevisani*, *Rondanini*, *Merenda* e *Curcio*. Perchè mai egli sceglie il solo *Curcio* ed il *proc. generale*, come soli responsabili civilmente di essa? Non vi è un sol fatto ch'egli osi rimproverare a costoro, qual *doloso inganno* fatto da essi a' colleghi. Perchè questa differenza? Se però la decisione è giusta, se niun danno ha prodotto a *Cuomo*, la *presa-a-parte* per questo capo è inammessibile (§ 5).

20. *Seconda decisione della g. c.*: ella è del 12 marzo 1823. — Produsse *Cuomo* una seconda querela contro *Mayer*, nascente da una cambiale già giudicata dal tribunal di commercio. Per questo processo il presidente delegò commessario lo stesso giudice *Curcio*. Costui nell' aver sotto l' occhio gli atti compilati nel tribunale di commercio, si avvide che quivi era intervenuto qual patrocinatore il sig. *Ferrante* suo cognato. Pieno di delicatezza, stimò esser questo motivo di ricusa volontaria, e lo propose al collegio, il quale all'unanimità decise che lo *scrupolo* non militava, non essendo il sig. *Ferrante* proccuratore nè avvocato nella causa innanzi alla gran-corte-criminale. Ad onta però di questa decisione, il giudice *Curcio* non pronunziò in seguito che alcune *ordinanze preparatorie*, e non è più intervenuto nella causa.

21. Torniamo dunque a' nostri quesiti. Questa decisione che rigetta lo *scrupolo* di *Curcio* è ella ingiusta? ha arrecato alcun danno al sig. *Cuomo*?

22. In *primo luogo* ognun sente la giustizia della decisione. Ricusa; materia odiosa; non debbono estendersene i motivi. Lodevole è la delicatezza di *Curcio*: lodevolissima la fiducia di cui lo contraccambia il collegio. In *secondo luogo* se questa decisione si credeva ingiusta, doveva esser attaccata con *ricorso per annullamento*. Ma invece

di ciò, se ne soffrì il passaggio in cosa giudicata. In *terzo luogo*, s'ella fosse ingiusta, chi mai potrebbe esserne responsabile? Non certo il giudice *Curcio*: egli ripeterà sempre, *quid potuit facere et non feci?*

23. La forza del qual ragionamento non può dissimularsi da *Cuomo*. Egli perciò ravvolgendosi malignamente in un giro ambiguo di parole, par che voglia dire, che *Curcio* nel proporre lo *scrupolo* omise quei fatti che dal processo nascevano e che ben appoggiavano lo *scrupolo*, e ne manifestò taluni altri che non sorgevano dagli atti. Ma quai fatti, *quali cose ei tralascia, e quai ridice?* Il fatto era semplice, cioè che *Ferrante*, proccuratore di *Mayer* nel tribunal di commercio, era cognato del giudice commessario della causa criminale: questo fatto egli scrisse, e questo fu giudicato insufficiente ad appoggiare lo scrupolo. Nè altro che questo solo, proposto poi ne' termini stessi che *Curcio* adoperò nello scrupolo, venne alfin dedotto da *Cuomo*, quando fu rivolto da lui in formale ricusa: » *Cuomo* allega la sospezione del giudice *Cur-* » *cio* per l'*addotto motivo* di parentela ». Se dunque *Cuomo* nel produrre la ricusa non ripetette che lo stesso che *Curcio* disse nello scrupolo, con qual voce chiameremo l'assunto di lui nella *presa-a-parte?* Non siamo incivili a segno da usar la voce comune, *mendacio*, di cui spesso il sig. *Cuomo* nella sua gentile allegazione ci fa dono; ma non possiamo dispensarci delle voci legali di *calunnia* ed *ingiuria*.

24. E ci sia lecito ripetere, che il giudice *Curcio* non ha più agito nella causa, e niuna delle quattro successive decisioni è stata pronunziata col suo intervento. *Curcio* dunque in quella maniera onde presentò lo *scrupolo*, non gli ha prodotto, nè ha potuto produrgli alcun danno. Lo *scrupolo* che non militò *di dritto*,

ha avuto effetto *di fatto*. Per qual colpa dunque è *preso-a-parte* il giudice *Curcio*? Osserviamo non pertanto s' egli abbia alcuna altra colpa nell' andamento del giudizio terminato da altri giudici con la decisione del 7 aprile. Questa è decisione feconda di assai colpe pel nostro avversario e per la sua proccuratrice e pel loro difensore :

Huc acrius omnes
Incumbunt, causae lapsae sarcire ruinas (1).

25. *Terza decisione, nella seconda camera della g. c.* — 7 aprile 1823. — Non ammesso lo scrupolo di *Curcio*, il querelante, come sopra si è detto, lo rivolse in ricusa, e vi aggiunse quella de' cinque giudici che ne avevano già presa cognizione. Senza costoro la gran-corte, composta di due camere, poteva continuare il giudizio in pendenza della ricusa. Lo continuò di fatti, e discusse la seconda querela di falso prodotta da *Cuomo* (§ 20), la quale riguardava l'antedata nella *girata* d'una cambiale: querela rigettata in linea di *falso incidente*, e dichiarata calunniosa e non pertinente alla causa, prima dal tribunal civile, poi dalla gran-corte civile. La querela fu dichiarata dalla g. c. crim. anche insussistente : ella pronunziò non esservi luogo a procedimento. Tal decisione del 7 aprile venne attaccata di ricorso per annullamento ; ed il ricorso fu dichiarato irricevibile (2). Essa dunque è passata in cosa giudicata. — Oltre a che essa fu pronunziata da *Girolami* vice-presidente, *Giunti*, *Vuolo*, *Giovenale* e *Ricca* giudici. I *presi-a-parte* sono *Girolami* e *Ricca*. Si scorra tutto intero il famoso libello: non si troverà un sol *fatto particolare* che giustifichi la predilezione che *Cuomo* ha per questi

---

(1) Cangiando in *causae* il *generis* di Virg. *Georg.* IV, 248.

(2) È il primo de' quattro ricorsi che furono il soggetto dell' arresto de' 29 agosto 1823. — V. *supra* § 6.

due. Alle note dunque di azione ingiusta e calunniosa può ben aggiungersi l'altra di capricciosa. *Dux femina facti* (1)!

26. Ma perchè non si volle aprire il procedimento sulla falsità della *data* nella *girata* della *cambiale*? E perchè (replichiamo noi) non volle aprirlo il tribunal civile, nè la gran-corte civile? Pardessus, dopo aver detto qual sia l'oggetto della *girata* di una cambiale, spiega la differenza per cui talvolta la *girata* è un modo di esecuzione del *contratto di cambio*, e talvolta non è che la facoltà di negoziare la lettera. Nel primo caso ella opera trasferimento di proprietà; nel secondo non è che un mandato. Allorchè la *girata* è ristretta ai semplici termini di *mandato*, come si è giudicato nel caso nostro dal tribunal di commercio, e dal tribunale e gran-corte civile, l'interesse della *data* non è che de'soli *girante* e *giratario*. Ed o che il *mandato*, o sia la *girata* in questo caso, sia fatto un giorno prima, o che sia fatto un giorno dopo, purchè dopo la *girata* le facoltà del *mandatario* siensi spiegate, o sieno state riconosciute dal *girante*, il debitore, cioè a dire l'*accettante*, non ha alcun diritto di accusar questa data. L'art. 139 dell'abolito *codice di commercio*, corrispondente al 138 delle attuali *leggi di eccezione*, vieta, è vero, sotto pena di falso di apporre alle *girate* una data anteriore; ma sarebbe, soggiunge Pardessus, sarebbe contrario alla saviezza della legge, se volesse applicarsi il rigore di quest' *art.* ad ogni fatto materiale d' *antedata*. Spesso questa è effetto di errore, spesso non ha in mira alcuna *frode*; ed in generale non può accordarsi azione contr' essa, che nel

(1) Virg. *Aen.* I, 364. — Per *Cuomo* che non sa scrivere, ha prodotto la *presa-a-parte* in qualità di proccuratrice, la moglie di lui, letterata. — V. *sup.* § 7 in fin.

solo caso in cui l'*antedata* della *girata* si fa per sottrarre la lettera agli altri creditori, o per nuocere in qualche altra maniera ai terzi (1).

27. Or *Cuomo* non è *terzo* in questa cambiale: egli è l'*accettante*, il debitore. Nè si è mai compreso come mai essendo la *girata* in quistione un semplice mandato, possa recar danno a *Cuomo*, se ella sia piuttosto del 2 agosto, che del 2 novembre. Ed ancorchè vi fosse stato trasferimento di proprietà, non si sa comprendere qual danno gli abbia recato il trasferimento ad altri, se mai si fosse fatto in uno o in un altro giorno. Non appena ch' egli è debitore, sia che paghi al *girante*, sia che paghi al *giratario*, sia che paghi ad un proccuratore del *traente*, purchè *dies cessit et venit*, è sempre lo stesso.

28. Ed ecco tutte le colpe de' giudici della Seconda camera, che han pronunziato questa decisione. Vengono ora quelle che son proposte contro del proccurator-generale.

29. La lunga enumerazione così ne comincia: » Seguita appena la contraddizione, il proccurator-generale » si occupò unicamente a discaricar *Mayer*, senza per» mettere al querelante *Cuomo* l'esercizio de'suoi drit» ti. — E come ciò? Nell'*atto di contraddizione* il sig. *Cuomo* querelò *Mayer*; e *Mayer* querelò *Cuomo*. Il proccurator-generale stava *medius*, e fino a quel punto *col suo ufizio di udire entrambi* per corredar di pruove ciò ch' entrambi avean detto, onde chieder poi ciò ch' era di ragione (§ 11). Nell'*atto di contraddizione*, *Mayer* fè conoscere che questa causa era tutta civile; ch'era stata giudicata dal tribunal di commercio; che l'*azione di falso* si era prima prodotta

(1) Pardessus, *Del contratto e delle lettere di cambio*, parte 1, cap. 3, sez. 2, § 2.

nel tribunal civile, e giudicata *impertinente*, e rigettata. Dedusse inoltre che molti documenti che smentivano la querela, erano presso il sig. *Marsella*, il quale è soprintendente generale di quelle sussistenze militari pel di cui appalto la cambiale era scritta. Poteva esservi testimone più essenziale in una causa, che dall' amministrazione di questo appalto sorgeva? Non indicato da alcuna delle due parti, era del criterio del proccurator-generale il richiederlo: indicato, divenne necessario (1). — Or *Mayer* ricordò tal necessità in una supplica, in piè della quale scrisse il proccurator generale: *Visto ciò che Mayer dice nell'atto di contraddizione*, SI SCRIVA *al sig. Marsella per avere i documenti che si enunciano*. Ed in piè di quest'ordine si legge la nota del segretario: SI È SCRITTO. — Or le colpe di questo *si scriva*, di questo *si è scritto*, e di tutto ciò che n' è dipeso, sono, a senso di *Cuomo*, gravissime, inespiabili, infinite. Numeriamone le principali.

30. *Prima colpa* — Come mai si sente un reo non presente in giudizio? — Abbaiamento alla luna. Ne abbiamo detto abbastanza (§ 29). Era dubbio ancora se il giudizio fosse civile o penale: era dubbio chi dovess'essere il vero querelante. In *accuse di dubbia reità*, come è questa, quello che sembra così strano a *Cuomo*, è di dritto antico, è di dritto nuovo, è di dritto novissimo (*sup.* § 11 e 12).

31. II *colpa* — Quel, *visto ciò che Mayer dice nell' atto di contraddizione*, è intruso e interlineato. Dunque è falso. — Da questa premessa a questa conseguenza il salto è *mortale*. Se chi interlinea la sua propria scrittura, prima ch' ella diventi di ragion pubblica, fosse falsario, maestro ben solenne di

(1) Art. 109 delle ll. di proc. pen.

falsità sarebbe Orazio, il quale fra i precetti dello scriver bene dà per l'appunto quello di non risparmiar mai le cancellature e le interlinee:

Reprehendite quod non
..... multa litura coercuit, atque
Praesectum (1) *decies non castigavit ad unguem.*

Che anzi non solo ei sarebbe falsario, non peccatore ostinato e impenitente, perchè si gloria finanche di questo peccato: *scriptorum quaeque retexens* (2).

32. Rallegriamoci però con lui, e con chiunque non può ben vivere senza di lui, che il giureconsulto Paolo ne fa la discolpa: *Falsum est si quis alienum chirographum imitetur, aut intercidat, vel describat* (3). *Alienum* dunque, non *proprium*. E a chi sembrasse troppo omai rancido e pesante il trarre tal difesa da grosso e vecchio volume, qual è il *Digesto*, ed amasse pel suo stomaco il cibo più leggiero d'un articoletto recente, glie lo presentan tosto la legge del 3 gennaio 1809, e l'ultima sul notariato, ove è detto che anche gli *atti autentici* soffrono, senza tema di falso, le *postille*, le *cancellature*, e le *interlinee*, purchè queste sieno riconosciute dalle parti. Tessiamo dunque liberamente e stessiamo i nostri scritti, come ci piace: *scriptorum quaeque retexens*. Questa metafora tolse Orazio da una femmina celebre (4), che *stesseva* di notte ciò che *tesseva* il giorno. Ed una, non men pudica femmina, fatta con-

---

(1) Lezione che assai più di *perfectum*, piace a Mureto e a Lambino, e che fa più immagine, e con più forza permette a ciascuno *negli scritti propri* non le sole aggiunzioni e cancellazioni, ma anche le grattature e le tonditure. — V. i loro comenti in Hor. *de arte*, v. 292.

(2) Hor. Sat. II, 3, v. 4.

(3) L. 23, D. XLVIII, 10, *de lege corn. de falsis.*

(4) Lambinus ad d. Sat. II, 3, v. 4.

tro di noi proccuratrice, osa riprender questo? Al marito, e non a lei sarebbe forse perdonabile: poichè ricco di moneta, quanto povero di alfabeto, non ha il dovere di conoscere i particolari di questa nostra miserabil arte di scrivere. *Misera fortunatior arte* (1), non gli frullò mai fra queste inezie il cervello (2).

33. Ma non è perdonabile quando ei non non rammenta ciò che *Mayer* già disse in contraddizione con lui. Non parlò forse *Mayer* di queste carte di *Marsella*? Non parlò ancora delle produzioni e delle sentenze del tribunal di commercio, e del tribunal civile, nelle quali minutamente si ragiona della cambiale e della *girata* attaccata di falso? O che dunque il proccurator-generale ne avesse fatto menzione in quell' *interlinea*, o che l'avesse taciuto, era il medesimo. Bastava che *Mayer* lo avesse chiesto: il proccurator-generale senza bisogno di mentovarlo in quel *visto*, dovea necessariamente scriverne lettera a *Marsella*. Quel *si scriva*, quel *visto*, quel *si è scritto*, sono indicazioni per memoria della cosa, e non forme di procedimento. La cosa essenziale era la natura dell' affare, o la sola dimanda di *Mayer*.

34. Nè mai si perda di mira, che questo *si scriva* ec., non è una *requisitoria*, non è una sentenza. È una semplice *nota*, la quale significa: *nella mia uficina*, *sotto la vigilanza del segretario*, *si scriva la lettera a Marsella*, *la quale io soscriverò*; ed il segretario dopo aver ciò adempito, soggiugne per suo discarico in piè dell' ordine: *si è scritto*, *si è adempito*. Or una cancellatura, una *interlinea* in uno scritto di questa sorta, *incidit in legem corneliam de falsis*? È dato anche per vero che quel

(1) Hor. *de arte*, v. 295.
(2) V. la nota alla pag. 185.

visto siasi aggiunto dopo che già si era scritto a *Marsella*, ciò nemmeno rileva. Perciocchè il proccurator-generale avrebbe voluto in quel *visto* conservar la memoria del motivo prossimo, che lo spinse a chiedere quelle carte. Anzi dovea chiederle senz'esso. Tosto che queste carte erano necessarie a definire se la causa era civile o criminale, se decisa ne' tribunali di commercio e civile, potesse ella redintegrarsi in linea penale, e se data anche la competenza penale, *Mayer*, oppure *Cuomo*, avesse dritto di *parte-civile*, sempre *di ufizio* doveva il ministero-pubblico richiamar queste sentenze, e particolarmente la corrispondenza con *Marsella* che svelava l' oggetto della cambiale (§ 29). La calunnia manifesta di *Cuomo* può stancar la pazienza, ma non può diventar dubbia sol perchè ei ne divide e suddivide i capi per fili sottilissimi.

35. III *colpa*. — Prosegue il libello: poteva egli (il proccurator-generale) *chiedere* ed *eseguire*? *Si scriva... si è scritto*. Confusione è questa di poteri, non che nuova, incomprensibile!

36. Ma si è detto già, che con questo *si scriva*, il proccurator-generale *non chiese*: egli *ordinò* al segretario che scrivesse; ed il segretario notò per memoria: *si è scritto*. È un giro d' uficina. Il proccurator-generale è incaricato dalla legge a preparar le carte che debbono servir di elementi ad ogni giudizio della *gran-corte*: egli solo ha la corrispondenza con tutte le autorità: egli è il primo agente di polizia giudiziaria, e come tale *di proprio dritto* investiga i reati, e ne raccoglie le pruove senza bisogno di chieder nulla alla gran-corte fintanto che ella non ne prenda conto e non ispieghi la sua giurisdizione (1). Egli dunque eseguì da sè quel tanto ch'

(1) Art. 8 e 12 delle ll. di proc. pen.

era suo dover di eseguire; non *chiese* ad alcuno se potesse farlo. Le *requisitorie* sono scritte con voci o *richiedenti* o *precative*, e il nostro *si scriva*, è imperativo ... Pietà! E a qual miseria siam giunti? Un ordine al proprio segretario, preso per *requisitoria* alla gran-corte!

37. IV *colpa*. — Il procurator-generale scrisse anche per avere le produzioni dal tribunal di commercio; mà senza le frasi, *si scriva ... si è scritto*. Perchè diverso tanto da ciò che fece per le carte di *Marsella*? Si agisce dunque e non si agisce a capriccio? — Ripetiamo che queste *note* son ricordi per l'uficina: si fanno e non si fanno ad arbitrio, *in cifra* o *per esteso*, con pentimenti o senza, e più lunghe o più corte, secondo che si ha tempo, o una penna più presso la mano o più lungi.

38. V *colpa*. — Ma nel dì appresso (22 feb.) il proccurator-generale, dopo avere scritto al presidente del tribunal di commercio, richiese con una *requisitoria* alla gran-corte, *di chiamarsi quegli atti, prevenendo di averne già dato le disposizioni senza averle ricevute*. E perchè (dice *Cuomo*) perchè non notò anche nella *requisitoria* le disposizioni già date per le carte di *Marsella*? E perchè la *requisitoria* non fu seguita da deliberazione della gran-corte?

39. La risposta è sempre una: questi sono atti regolati dalla prudenza, e non dalla legge. Trattandosi di carte che si chiedevano ad un tribunale, amò forse il procurator-generale che si unisse alla sua anche l'autorità della gran-corte. Non così per le altre della soprainteudenza. — Il fatto fu che in forza del solo primo uffizio di lui le carte vennero e da *Marsella* e dal tribunal di commercio, e la *requisitoria* rimasta inutile non, fu seguita da decisione.

40. Da ciò trae *Cuomo* una VI ed una VII *colpa*.— La *sesta* ci avverte, che i magistrati non debbono mai scriver cose inutili. Ma in ogni atto sociale, ed anche giudiziario, *utile per inutile non vitiatur*. Ond' è, che se un procurator-generale scriva una lettera o una requisitoria o anche una noterella non necessaria, egli è già reo per *Cuomo*? E di che? *Di tempo perduto*. Reato veramente di cui ogni altro avrebbe dritto di far querela, fuor che colui che produsse per solo capriccio nella corte suprema del regno *quattro ricorsi irricevibili*: poichè tanto è dire, *ricorso irricevibile*, quanto lo è, *ci avete fatto perdere il tempo ad occuparcene*.

41. La *settima colpa* poi è che quella *requisitoria* non si propose subito, cioè prima che *Marsella* ed il *presidente del tribunal di commercio* rispondessero alle lettere del procurator-generale.— Or immaginiamo che questi due fossero stati meno urbani e non avessero risposto sì presto, e che poi si fossero richieste le carte in forza di una decisione? Che ne sarebbe avvenuto? Che due *gentiluomini* avrebbero avuto due lettere in vece d'una, delle quali certamente o la prima o la seconda sarebbe stata efficace. E cosa avremmo fatto allora con la *teoria* del reato gravissimo della *perdita di tempo*? Vi avremmo aggiunto l' altro, a scapito d' altri, di mancanza di galateo per non aver risposto alla prima. *Oh improbe factum*!

42. Viene però l' VIII *colpa*. . . *Insigne, recens, indictum ore alio*. — Mentre il procurator-generale scriveva quella sua requisitoria, ritenne il processo senza farne *invio* alla *cancelleria*; perchè certamente non vi è negli atti notamento d'invio, nè di ritorno. Nel che suppone il sig. *Cuomo* che la *cancelleria* di una corte-criminale sia in una città, e l' uficina del proccurator-generale in un' altra, che

non esca una carta da ciascuna di esse, se non minutamente protocollata, e che questo passaggio e quest' invio si faccia con solennità pari alle formole *praescriptis verbis*. Ignora ei dunque, che presidente, giudici, ministero-pubblico e cancelliere formano un sol collegio; che spesso stando tutti nella stessa camera, l' invio e il ritorno delle carte si fa quivi nello stesso luogo; che i registri non sono sottoposti che a quella forma di prudenza che il presidente ed il proccurator-generale credono a proposito; e che la mancanza di notarvi un passaggio di carte è affare di commessi e non di giudici? — Ma nel fatto l'imputazione è falsa; perchè in piè di quella requisitoria del 22 febbraio, si legge la commessa fatta dal presidente nel dì 25: *al giudice Curcio*; ed il presentar la requisitoria al presidente per la commessa è ufizio del cancelliere. Le carte dunque con la *requisitoria* del 22 febbraio passarono nella cancelleria.

43. La IX *colpa* è che venute le carte domandate, il proccurator-generale nel dì 7 marzo richiese che s'interpellassero tanto *Mayer* che *Cuomo*, perchè fra quattro giorni presentassero tutte le altre carte indicate nell'atto di contraddizione.—Dunque le carte ritornarono dalla cancelleria al procurator-generale: la nona accusa smentisce l'ottava.—Intanto la gran-corte fece dritto a questa requisitoria del 7 marzo. Così *Cuomo* ritorna a sostenere, che *Mayer* (ch' egli si ostina a chiamar sempre *imputato e non presente*) non poteva mai esser messo a paro con lui nel dritto di esibir carte. Ma noi ne abbiamo ragionato abbastanza (§ 11 e 12).

44. La X *colpa* è che le carte furon presentate da *Mayer* al *commesso di cancelleria* presso *Curcio*, e non al *cancelliere* in persona. — I *commessi-giurati* non rappresentan forse in tutti gli atti

il *cancelliere* ? E la camera d' istruzione di un giudice non fa parte delle cancelleria ?

45. L' XI *colpa* è che in piè del verbale disteso da questo *commesso-giurato* vi è la requisitoria del procurator-generale, senza *formale e scritto invio* delle carte dalla *cancelleria* al medesimo ! ! !—Torniamo allo stesso di che sopra si è parlato (§ 41).

46. La XII *colpa* è nella *data* della requisitoria del 5 aprile. E qui trionfa il nostro avversario:

Questa conclusione è la secure
Che il capo a un colpo leverà dal collo.

Essa ferisce ed il *proccurator-generale* ed il *vice-presidente.*

47. Si erano da *Cuomo*, o per dir meglio dalla sua proccuratrice, ma senza procura *ad hunc actum*, si erano allegati a sospetto *sei giudici* della *prima camera*, compreso il presidente. La causa dunque passava di dritto al *vice-presidente* ed alla *seconda camera.* Perciò il *proccurator-generale* scrisse nel dì 5 aprile di suo carattere una *requisitoria*, che la seconda camera giudicasse la causa. Il numero 5 (in arabico) era alquanto alterato; tal che *per extensum*, e sempre di suo carattere, il proccurator-generale vi scrisse sopra, *dico cinque.—Falsità, falsità*, grida *Cuomo.* — Richiameremo qui ORAZIO e PAOLO, e la *legge sul notariato* ed il *buon senso* (§ 31 e 32)?

48. Ma quella *cifra* 5 sembra soprapposta ad un 7. Dunque la requisitoria si fece nel dì 7.—E dal *sembra* voi volete conchiudere all' *è* ? Anzi in piè di questa requisitoria sta chiara e senza macchia o cancellatura alcuna, la decretazione del vice-presidente : *A' 5 aprile, ritenuta per me*: *Girolami V. P.* Dunque la requisitoria è del 5. — E questa decretazione,

ripete *Cuomo*, è anche falsa. — E perchè? Perchè la *requisitoria* è del 7. *Petitio principii*: *rotatio pistilli*.—Ma ò che sia del 5, o del 7, ciò che rileva? Per qual motivo doveasi scrivere piuttosto l'un numero che l'altro? La decisione definitiva è del 7. Potea dunque la requisitoria e la commessa farsi ugualmente nel 7, che nel 5. Qual legge vieta ad un presidente il far cosa al momento che la requisitoria si consegna o si scrive? E se questa fosse stata scritta nel dì 7, qual vantaggio ne avrebbe avuto *Cuomo* per dire che la *data* del dì 5 gli faccia male? Vorremmo che il suo difensore, il quale par troppo invasato dalle passioni del cliente (1), badasse più al *fatto* ed alla legge, che alla fantasia di chi non pago di trentaduemila ducati di frutto in nove mesi per trentamila di capitale, parla di milioni di guadagno, quasi che le truppe austriache si fossero cibate d'aria, e tutto il danaro del governo fosse andato nella borsa degli appaltatori. Ma non ha *Cuomo* diretto le sue denunzie anche al governo? Le risposte del sopraindente *Marsella* lo smentiscono.

49. Le successive colpe, di essere stata giudicata la causa della cambiale piuttosto dalla seconda che dalla prima camera; di essere stata giudicata in pendenza della ricusa de' sei magistrati; di essere stato nella de-

---

(1) *Fero ego te, Torquate, iamdudum fero: et nonnumquam animum incitatum ad ulciscendam orationem tuam revoco ipse et reflecto. Permitto aliquid iracundiae tuae, do adolescentiae, cedo amicitiae, tribuo parenti* (V. la nota alla pag. 181): *sed nisi tibi aliquem modum tute constitueris, coges oblitum me nostrae amicitiae, habere rationem meae dignitatis. Nemo unquam me tenuissima suspicione perstrinxit, quem non preverterim. Sed mihi hoc credas velim: non iis libentissime soleo respondere, quos mihi videor facillime posse superare.* Cic. *pro Sulla*, c. XVI.

cisione *snaturato il fatto* etc. etc. etc., tutte sono state materia de' *quattro ricorsi*. L' avvocato-generale presso la corte suprema vi ha risposto ampiamente; ed alle importunità di *Cuomo*, perchè almeno, ove i ricorsi di lui fossero dichiarati irricevibili, si fosse chiesto l' annullamento nell'interesse della legge, egli rispose allora dimostrando la giustizia delle decisioni, e la regolarità del procedimento (§ 6).

50. *Quarta decisione*. — 16 aprile 1823. Questa è che dichiara inammessibile la *ricusa* de' sei magistrati per difetto di facoltà in chi la produsse (1). L' apologia ne fu fatta dall' avvocato-generale del Re presso la corte-suprema, quando ella venne esaminata in grado di ricorso, e fu fatta con ben altra forza che noi non potremmo. Nel libello di *presa-a-parte*, *Cuomo* non fa che ripetere i *mezzi di annullamento* allora discussi, e dichiarati inammessibili con ragionamento, ch' esclude ogni nullità non solo nell'interesse della parte, non anche nell' interesse della legge.

51. Se non che giova rispondere ad una lieve malignazione — Nella *prima camera* erano *sette giudici*, compreso il presidente. Di essi, due soli, *d'Addiego* e *di Feo*, non erano stati presenti nella decisione del 13 febbraio: è questa la prima tra quelle che son dette inique dall'instante (§ 9). Nella decisione però del 12 marzo (§ 20) erano intervenuti que' due, mentre mancarono in questa il cav. *Trevisani* e *Curcio* intervenuti nella prima del 13 febbraio, de'quali il secondo si avea già fatto scrupolo.

52. Ma tosto che la decisione del 13 febbraio è così accusata da *Cuomo*, ed il giudizio di *pre-*

---

(1) Era prodotta dalla moglie e proccuratrice di *Cuomo*, senza mandato speciale. — v. *sup.* § 25.

se a-parte si fa principalmente cader su di essa, il cav. *Trevisani* che vi pronunziò, non può essere agli occhi suoi innocente. E *Cuomo* lo espose nel suo libello di ricusa; ed il proccurator-generale che se ne avvide, per togliere ogni motivo di calunnia, nella sua requisitoria del 7 aprile domandò, che la causa di ricusa si decidesse nella *seconda camera*, escluso il cav. *Trevisani*.

53. Se non che tal dimanda non può essere altro che una pruova della brama del procurator-generale che i giudici fossero di scelta e di soddisfazione di *Cuomo* (1). Ma non appena che la causa trasmigrava di dritto alla *seconda camera*, il cav. *Trevisani* di dritto ne restava escluso: poichè egli fa parte della *prima*. E non già la requisitoria del pubblico ministero, ma questa fu la ragion vera per cui nelle decisioni successive il cav. *Trevisani* non potette prendere parte.

54. Or sarebbe credibile a chi non ha letto il libello di *Cuomo*, sarebbe mai credibile ch'egli fra i motivi di *presa-a-parte* collochi per l'appunto, che il cav. *Trevisani*, giudice confuso fra' rei della decisione del 13 febbraio (§ 52), giudice della *prima camera*, non sia stato chiamato a giudicare nella *seconda*?

---

(1) Ed io che compatisco quest' uomo, se in mezzo al rumore de' suoi frulloni non distingue il grido delle nuove leggi, ne ammiro l' ingegno, perchè, senza conoscere il nome di CICERONE, pensa come lui: *neminem esse indicem nisi qui inter adversarios convenissent: timoris enim causam, non vitae poenam in illa potestate esse voluerunt.* Pro Cluentio, c. 43. Avea dunque torto CICERONE a non avere molto in pregio l' arte di costui, ad onta del *Iupiter pistor* de' Romani, perchè *in Orat.* I, 12, egli dice con disprezzo: *Oratorem in iudicio, tamquam in aliquod pistrinum, detrudi et compingi videbam.* Avesse egli preveduto il modo villano, col quale noi siamo stati sospinti entro questo giudizio?

Queste, ci grida, son colpe manifeste così del presidente della camera, come del proccurator-generale.

55. Nè questo è solo. Nella *seconda camera* è il giudice *Beneventani*, terzo di grado; ed il giudice *de Simone* quinto. Questi due non votarono nella decisione del 7 aprile (§ 25), come non votò nella decisione del 16 (§ 49) *Giunti*, secondo giudice, nè *Beneventani*. Perchè, esclama *Cuomo*, perchè *allontanare i più anziani, che giusta il disposto della legge organica avevano il dritto d' intervenire* ?

56. La parola *allontanare* è posta qui, come ognun vede, malignamente. Le cause che si pronunziano con cinque giudici, si propongono non *a' più anziani*, ma a coloro che si trovano meno occupati e presenti. È noto che i giudici criminali debbono attendere spesso alle istruzioni, spesso agl'interrogatorii de' rei, più spesso al dovere di supplire i giudici mancanti nell' altra camera o nella gran-corte-civile. La legge esige nelle decisioni di questa natura l'intervento di tre o di cinque giudici, e nulla più. È stato mai elevato a nullità che uno più che un altro abbia votato ? E qual documento o presunzione appoggia quella parola insidiosa, *allontanare* ?

57. Oltre a che il giudice *Trevisani* se non fu nelle decisioni successive, fu nella prima del 13 febbraio (§ 9 e 10), e questa è criminosa a senso di *Cuomo* : il giudice *Giunti* se non intervenne nella decisione del 16 aprile (§ 49), intervenne nell'altra del 7 (§ 25), la quale, secondo dice *Cuomo*, è assai più iniqua: il giudice *de Simone* se non votò in questa del 7, votò in quella del 16 aprile, la quale fa orrore: il giudice *Beneventani* se non venne chiamato ad alcuna di queste, fu nell' ultima del 16 maggio, la

quale merita il fuoco: di essa parleremo or ora (§ 60). Chi non vede dunque che *Cuomo* non

parla per ver dire,
Ma per odio di altrui e per disprezzo?

58. Qui viene l'accusa particolare contro il giudice *Ricca* — Udiamone il tenore dalla proccuratrice letterata dell' illetterato marito.

59. » *Cuomo* (ella dice) allegò la sospezione del » giudice *Curcio* e di cinque altri della prima came- » ra (§ 25). L'atto fu esibito al cancelliere per mezzo » di due notai. Il giudice *Ricca* arbitrariamente s' » impadronì dell' *atto di ricusa*, chiamò a se i no- » tai, e con minacce obbligò loro ripigliarsi l'instan- » za, della quale a norma delle leggi, poco innanzi » erasi dal cancelliere pur data lettura al presidente. » Posteriormente egli intervenne nelle decisioni del 7 » e 16 aprile (§ 25 e 49), non ostante che fos- » sero ancor presenti *giudici di lui più anziani*, » a' quali *non fu permesso l'intervento.* »

60. Se non avessimo ribrezzo di far uso del familiare vocabolario di questa donna di lettere, che *più bel fiore coglie* da suoi frulloni, che tutti gli accademici della Crusca dal loro, noi ben vi troveremmo la parola onde chiamare con precisione queste proposizioni. — All' accusa dell' *allontanamento de' più anziani*, abbiamo risposto abbastanza (§ 55).

61. In ordine poi al fatto de' *notai*, non sappiamo com' entri nel capo a costei di farsene denunziante. La sua ricusa era stata ricevuta dal cancelliere, quando fu presentata a lui da' due notai: il cancelliere anzi ne avea *pur data lettera al presidente* (§ 59). Essa di fatti è stata giudicata senza essersi mai elevata quistione sulla *presentata*. Perchè *Cuomo* non andò egli direttamente e solo al cancelliere? Non fu forse una impertinenza de' notai il mischiar-

visi senza bisogno? Si aggiunga, che se la *presa-a-parte* non è ricevibile altrimenti che per il danno sofferto, qual danno ha ricevuto *Cuomo* da questo fatto de' notai? Egli non voleva altro se non che la ricusa fosse ricevuta dal cancelliere. Ciò era stato fatto. Il di lui interesse dunque era finito. Se è vero che i notai fossero stati oltraggiati, appartiene ad essi, non a *Cuomo*, il querelarsene.

62. *Quinta decisione*: 16 maggio 1823. — Mentre pendeva la causa innanzi alla gran-corte criminale, *Cuomo* querelò *Mayer* di aver fatto uso in una memoria di parole ingiuriose. La gran-corte ne esaminò il valore, e decise che quelle parole non contenevano ingiuria alcuna, e che non davano luogo a procedimento penale. Di ciò *Cuomo* produsse il suo terzo ricorso per annullamento, il quale fu pur dichiarato irricevibile. I motivi di annullamento si volgono anche qui in motivi di *presa-a-parte*.

63. *Sesta decisione*: 18 luglio 1823 — Niego di alcuni documenti, i quali si domandarono da *Cuomo* per avvalersene in sostegno dei suoi primi tre ricorsi alla corte-suprema.—Ma è statuito, che le parti, specialmente nelle cause criminali, non hanno dritto di presentar altri documenti alla corte-suprema, fuor che le decisioni impugnate. La corte-suprema bensì può richiederli, ove a lei faccian d'uopo. Ben dunque la gran-corte-criminale rigettò la dimanda di questi documenti, quando soggiunse, che se fossero bisognati alla corte-suprema, questa, e non la parte, avea dritto di richiederli in linea di rischiaramenti. — E tal decisione fu soggetta ad un quarto ricorso, il quale venne anche dichiarato irricevibile.

64. Raccapitolando il fin qui detto, noi abbiamo sei decisioni. Son tutte passate in giudicato; le due prime senza ricorso; le quattro altre per es-

sere stati i ricorsi dichiarati *irricevibili*: anzi le decisioni attaccate sono così regolari, che mal si è provato il ricorrente di ottenerne almeno l'annullamento nell'interesse della legge, o la disapprovazione di qualche loro consideramento. — La *presa-a-parte* esige che decisioni manifestamente ingiuste abbiano per dolo de' giudici recato danno al ricorrente. *Cuomo* è così persuaso del contrario, che non attacca gli autori di queste decisioni, i quali son *quattordici*, oltre il procurator-generale. Ne attacca tre *parzialmente*, e con essi il procurator-generale. Ma come attacca il procurator generale? La maggior colpa che gli rimprovera è qualche cassatura e correzione nel suo scritto (1). Attacca poi il *vice-presidente*...e di che? Di non aver fatto intervenire giudici, che o non dovevano intervenire, o potevano non intervenire. Attacca il giudice *Curcio* per essersi fatto *scrupolo*, e non aver più deciso nella causa, mentre *Cuomo* assume appunto che doveva farsi scrupolo e non decidere. Attacca finalmente *Ricca* per aver ripreso due notai che mancarono di rispetto alla gran-corte.—Ma le decisioni?... ma il danno?... ma il dolo de' magistrati?... Nulla.

65. Queste osservazioni, ma più che queste la evidente calunnia di *Cuomo*, e la evidente giustizia delle decisioni della gran-corte-criminale, faranno certo dichiarare inammessibili i motivi di *presa-a-parte*, come *inammessibili* furono dichiarati i motivi per annullamento (2).

---

(1) *Turpem putat in scriptis, metuitque lituram.* Hor. Ep. II, 1, v. 167.— Ed Orazio stesso osserva che gli uomini i quali mancan di lettere, estimano la eccellenza dello scritto, non dal merito e da quella ch'ei chiama *munditiés* dello stile, ma dalla nitidezza del carattere. Guai a noi, se capitasse sotto gli occhi di *Cuomo* qualcheduno de' nostri poveri scritti.

(2) Nel dì 6 dicembre 1823, a rapporto del consiglier

IX.

GIUDIZIO DEL MERITO.

Presa-a-parte per denegata giustizia.

Signori (1), la camera civile di questa corte suprema ha permesso al sig. *Langellotti* di far notificare al proccurator-generale del Re presso la gran-corte criminale di Napoli il suo libello di azion civile, o sia *presa-a-parte* (2). La causa è già instruita (3). Dovete voi deciderla nel merito (4).

Mangoni, sulle conclusioni uniformi dell' avv. gen. Criteni, la camera civile pronunziò così: « *Considerando*, che » in tutti gli atti giudiziarii indicati nel libello di *Francesco* » *Cuomo*, non se ne incontra che contenga o giustizia dene- » gata, o ingiustizia commessa, o dolo in chi ne fu l' autore, » o danno da *Cuomo* medesimo sofferto: — visto l'art. 577 » pr. civile: — dichiara inammessibile la sua instanza, e lo » condanna alla multa *etc. etc.*

(1) Conclusioni nella camera criminale della corte suprema, nella causa di azion civile contro il proccurator generale del Re presso la gran-corte criminale di Napoli, 4 agosto 1820, Libetta comm., Nicolini m p., Giacinto Positano avv.. dell' attore, cav. Michele Agresti e Domenico Torrusio, avvocati del convenuto.

(2) Arresto della camera civile dalla corte suprema, 7 marzo 1820, Rizzi comm., Nicolini m. p.

(3) Dietro provvedimento preparatorio del 28 aprile 1820, Canofari comm., Nicolini m. p. — Il ricorrente avrebbe voluto la trasmissione in corte suprema di tutto il processo, dimanda contraria all' uso confermato dalla legge. In corte suprema non si trasmette il processo che quando si attacca la decisione definitiva di assoluzione o condanna. In ogni altro caso non possono chiedersi che rischiaramenti (art. 183 pr. pen.); e rischiaramenti vennero con questo provvedimento preparatorio domandati. — V. il § 63 del n. precedente.

(4) Art. 578 e 579 pr. civ.

2. Un dipinto tenuto in gran pregio nella chiesa della Sapienza (creduto del Domenichino) trovasi ora nella galleria del cav. *Langellotti*. Gran rumore ne han menato le monache. Il processo di furto contro chi l'ha venduto all' attual possessore, cominciava appena ad instruirsi, quando *Langellotti*, che s' ignorava ancora se avesse comprato o no di buona fede, facea dimanda al proccurator-generale presso la gran-corte criminale, perchè gli atti venissero richiamati, ed interdetta ogni ulteriore instruzione, come per fatti che non davano luogo a procedimento penale. Il proccurator-generale sostenne, che nello stato in cui era la causa, le instanze di *Langellotti* non meritavano ascolto, tanto più che non appariva ancora contro di lui alcun indizio di scienza della qualità furtiva della cosa; ed in piè d'ogni domanda, nel dì stesso in cui essa presentavasi, ei scriveva la sua requisitoria secondo che gli sembrava convenevole al fatto ed al dritto. E la gran-corte vi provvedeva. Se non che sì fatti provvedimenti non furono intimati a *Langellotti*. Gli venne bensì intimata l' ordinanza del giudice instruttore, ch'egli esibisse il dipinto, altrimenti vi sarebbe astretto con l' arresto personale; ordinanza che lo turbò, ed unico motivo forse per cui tosto si volse alla corte suprema, attaccando il proccurator generale, il quale per non aver richiamato il processo dall' instruttore, nè interdettagli l' instruzione, dava ad un amator di pittura il dolore di vedersi staccar dal muro l'opera di un gran pennello. Egli *prese a parte* il proc. generale per *denegata giustizia*.

3. L'azione però è insussistente per fatto, è inammessibile per legge. Il niego di giustizia non si avvera già quando il magistrato non aderisce ad una dimanda: altrimenti ogni perditor di lite potrebbe *prendere a parte* il suo giudice. Il niego di giusti-

zia si ha quando il magistrato non provvede affatto alle rimostranze delle parti, e trascura di pronunziare sulla causa ad instanza di chi ha dritto al giudizio (1). Or in primo luogo innanzi alla giustizia penale era attaccato il venditore del quadro, nè l'instruzione era ancor giunta al dolo del compratore. Così almeno pensava il proccurator-generale, il quale fino all'atto della *presa-a-parte*, non altro che questo benigno sentimento spiegava in piè delle instanze. L'assicurarsi del quadro, era assicurarsi del *corpo del reato*; e in qualunqne mano si fosse questo trovato, il giudice instruttore poteva, anzi dovea richiederlo, ancorchè il possessore fosse di buona fede (2). Nè è vano avvertire, che non appena il provvedimento della camera civile permise a *Langellotti* di citare il proccurator generale, sì che questo magistrato dovette astenersi dal suo ufizio nella causa (3), l'instruzione ripigliò con altri il suo corso; e questa si sviluppò più ostile contro del ricorrente; e chi rappresenta ora il ministero pubblico nella causa presso la gran-corte criminale, ha domandato contro di lui, in forza degl'indizii antichi e novelli, un mandato di arresto.

4. Par dunque che la querela contro il proccurator-generale sia stata unicamente intesa a sospendere l'esibizione del quadro, *corpo del reato*, ed a prevenire questo mandato, ritardando ed intorbidando l'instruzione. All'incontro la serie de'fatti su'quali poggia la querela, la dimostra evidentemente calunniosa. Un proccurator-generale non giudica; e perciò non dovea far altro che scrivere le sue requisitorie sulle domande del ricorrente; e non consegnarle a lui, ma

(1) Art. 200 l. org. — Art. 4 ll. cc.
(2) Art. 61 pr. pen.
(3) Art. 579 pr. civ.

rimetterle in cancelleria. Nè vi era mestieri, che *Langellotti* le conoscesse, perchè il processo non era ancor pubblico. Ed il proc. gen. le scrisse subito, e subito le rimise in cancelleria per sottoporle al giudizio della gran-corte.—Ma egli (replica il ricorrente) s' ingannò in quelle sue requisitorie. Potrei sostenere ch' egli le scriveva in conformità della legge. Ma ciò non è necessario, tosto che l' attacco contro questo magistrato è solamente per rifiuto, come l'attore si esprime, di dare *sfogo* alla domanda. Lo *sfogo* vi fu dato nelle forme che al ministero pubblico prescrive la legge.

5. L' azione dunque del ricorrente non ha fondamento alcuno di fatto su cui possa appoggiarsi. Non vi fu rifiuto, nè obblio, nè omissione di requirere. E se vi fosse stato, ben altro è il rifiuto, l'obblio, o l' omissione che danno semplicemente luogo a nullità, da quelli che posson esser motivi di *presa-a-parte*. I primi son preveduti dall' art. 330 pr. penale, e verificansi ogni qualunque volta una delle parti faccia dimande tendenti ad esercitare un dritto o una facoltà concedutale dalla legge, ed il giudice ometta o ricusi di deliberarvi. Or abbiamo da' rischiaramenti rimessi dalla gran-corte, e dalle copie presentate dalle parti, che non vi fu affatto questa specie d' obblio, d'omissione, di rifiuto. Oltre a che qual diritto aveva di constituirsi in giudizio, chi non era ancora querelante nè imputato? Gli stessi testimoni non possono presentarvisi ultroneamonte; nè altri può intervenirvi, se pria non è riconosciuto il suo carattere di parte nella causa (1). Adesso il ricorrente comincia ad esser tale, adesso che il nuovo agente del pubblico mini-

(1) E perciò io credo che non debba accogliersi la spontanea presentazione di alcuno, che non ancora prende carattere d' imputato nella causa. — V. la nostra *Pr. pen.*, II, § 805.

stero chiede contro di lui, come di complice nel furto, un mandato di arresto. Ma ciò è effetto delle novelle pruove dopo il libello di *presa-a-parte*. Fino a tal punto non vi era contro di lui che il timore di dover esibire il quadro. Ma anche dopo che fu spedita questa ordinanza instruttoria, essa non gli dava altro carattere, che di compratore del quadro e di testimone. Se egli avesse dovuto perderlo, come oggetto furtivo, era quistione che non poteva sorgere se non quando il giudizio del furto sarebbe andato al suo termine. Nemmeno dunque siamo nel caso d'una semplice nullità di procedimento.

6. Ma non è nell'art. 330 la sede della causa. Noi trovar dobbiamo la *denegata giustizia*, secondo la definizione che ne danno gli art. 570, 571, 572, 555 e 557 pr. civ. Questi prescrivono tassativamente le forme, secondo le quali dee instruirsene contro i magistrati l'azione. Ov' esse non sieno osservate, non possono surrogarvisi altre a capriccio; e l'azione non è ammessibile.

7. Adunque non basta che il magistrato non risponda all' instanza che gli è presentata ne' modi ordinarii: conviene che la presentazione se ne faccia in modo così solenne, ch' egli sia ben avvertito del pericolo dell' azione che può contro di lui intentarsi. L' instanza dunque, a' termini degli art. sopra citati, dee presentarsi al cancelliere per mezzo d'un usciere; e costui è tenuto, sotto pena d' interdizion dall' ufizio, di fargliene la notificazione. Nè questo solo è sufficiente. Se allora il giudice non si scuote, e non giudica quando il numero del ruolo lo chiama a giudicare, se allora il ministero pubblico (1) è perti-

(1) Si è disputato in Francia se il ministero pubblico possa essere *preso-a-parte*. Merlin e Carrè rispondono per

nace a tener chiuse nella sua uficina le carte, e non require quando l'uopo della causa il richiede, nemmeno può dirsi ancor reo di *denegata giustizia*, quante volte quella prima notificazione non sia conseguitata da una seconda, con l'intervallo almeno di tre giorni per le giustizie circondariali, e di otto per i collegi; e questa seconda dee farsi con l'istesse solennità della prima; ed il cancelliere dee apporre il suo *visto* sull'originale di entrambe (1); e le due instanze e le due notificazioni debbon essere *registrate* per prendere *data certa*. Allora solo si verifica la *denegata giustizia* che dà adito all'azione civile (2), perchè soltanto allora permette la legge di presumere che il magistrato ritardi l'affare, non perchè distratto dagli altri affari della carica, ma *inimicitia vel gratia* (3).

8. Nè la corrispondenza interna tra il ministero pubblico ed i giudici per mezzo della cancelleria, può essere chiamata a censura, onde argomentarne che il ritardo sia stato abusivo. L'unica pruova che ammette la legge, è quella delle due instanze così solennemente notificate. Piacemi che la corte suprema abbia, benchè contro il mio avviso, dato agio all'attore di far conoscere questa corrispondenza, la quale ha svelato che il ritardo volontario per parte del proccurator-generale è una menzogna; e così ha assicurato un più compiuto trionfo alla verità ed alla giustizia.

---

l'affermativa. L'argomento contrario è che il codice di pr. civ. parla di giudici e non di pubblico ministero: argomento fondato sulla materialità della parola, e non sul senso della legge. Per noi nemmeno può ricorrersi a questa materialità, perchè i proccuratori generali presso le gran-corti criminali *sono giudici di gran-corti civili*, in missione di proccuratori generali del Re. Art. 191 leg. org.—V. il n. VII di questo vol.

(1) Art. 1115 pr. civ.

(2) Art. 571 e 572 pr. civ.

(3) L. 15, § 1, D. V, 1, *de iudiciis*.

9. Nè la camera civile di questa corte suprema ha mai pregiudicata la fondamentale eccezione contro un' azione sì mal instituita (1): la stessa sua decisione che permette la notificazione dell' instauza di *presa-a-parte*, è senza motivazione. Dunque è intatta la quistione, se il fatto, qual è descritto dal ricorrente, contenga *denegata giustizia*, qual ella vien definita dalla legge.

10. Or il ricorrente non nega di aver mancato a quella doppia instanza ch' esser dovea notificata al cancelliere. Dunque per confession sua stessa non vi è *denegata giustizia*, qual ella dev' essere per dar luogo alla *presa-a-parte*.

11. Perciò domando che sia rigettata l' azione, e condannato l'attore alla multa (2).

X.

Giudizio del merito nella presa-a-parte per dolo.

Sez. I.

Stato della quistione.

Signori (3), non son io dell' avviso che le accuse contra i magistrati degradino la magistratura; anzi credo necessario al loro onore, non che utile alla

---

(1) Della influenza del giudizio di ammessione sul giudizio del merito, ragioneremo più ampiamente nel n. seguente.

(2) Così venne deciso.

(3) Conchiusioni nella causa di *Mariantonia Camerini* ed *Achille Rainone*, 2 ottobre 1837, Celentano comm., Nicolini m. p., avv. Dom. Tartaglia per l'attrice, Gius. Marini-Serra per i convenuti.

cosa pubblica, secondare in esse giudiziariamente la permissione ed il voto della legge. Perciocchè se l'accusa è sussistente, ella è un mezzo legittimo onde purgare la magistratura di chi veramente la degrada; se è calunniosa, dà occasione di far risplendere in un solenne giudizio una virtù, che altrimenti correrebbe pericolo di rimaner sempre da invide detrazioni oscurata. Là dove la malignità può scusarsi di non aver modo legittimo di attaccare un magistrato che pecchi contro il giusto, ella trova tanto più disposti gli animi a crederla, quanto più si suppone senza equità e prepotente la forza che la comprime. All'incontro ciascuno può maledir ciascuno per le piazze e per le case, perchè quivi non ha bisogno di testimoni, nè di alcun particolare riscontro a provare il suo detto: ma non così impunemente può esser accusato ciascuno innanzi ai collegii giudiziarii, avendo le accuse bisogno di riscontri veri e di pruove. Non ultimo indizio della corruzione o mancanza di ordini in uno stato, è l'udir da per tutto epigrammi contro i magistrati, e maledirli all'orecchio, per non poterli attaccarli alla scoperta; mentre della fortezza governativa, e della conscienza pubblica di esser questi ben scelti, è documento certo la legge che tiene aperte ed ordinate le vie onde chiamarli in giudizio (1).

---

(1) Discorso sulle deche di Tito-Livio, I, 7 ed 8. — Ne' frammenti *de re publica*, de' quali ci ha arricchiti l'eminentissimo Mai, Cicerone avea prevenuto questo ragionamento del segretario fiorentino; perchè dopo aver detto, *melius a censore, quam a poeta notari*, rileva la sapienza delle leggi decemvirali contro le maldicenze sulla piazza, e gli epigrammi de' poeti, licenza sediziosa de' Greci. *Praeclare*, ei soggiunge; *iudiciis enim magistratuum, disceptationibus legitimis propositam vitam, non poetarum ingeniis, habere debemus; nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, et iudicio defendere.* Lib. IV, c. 10.

2. Fa dunque omaggio alla bontà della nostra legislazione, e serve all'onore della magistratura un avvocato, il quale invece di avvilirsi in segrete delazioni e susurrazioni indecenti, chiama i giudici di una causa ch'ei difende, a render giudiziariamente conto della sincerità di fede, ch'egli crede non avervi essi mostrata; nè prende in prestanza, come fanno i vili, un nome oscuro e di trista fama, per sostenere il suo detto, ma ei stesso, egli di propria mano soscrive la instanza, e a viso aperto la sostiene. Non pertanto la gloria che accompagna il coraggio civile, prende spesso una falsa apparenza, e s'illude. La instanza di cui ci occupiamo, è ella ben fondata? O non piuttosto l'amor della causa ha fatto velo al giudizio dell'uomo, altronde per civil temperanza sommamente lodato e lodevole, il quale la produce?

3. Tre vie apre la legge, onde alterati gli umori delle parti nei combattimenti giudiziarii possano legittimamente sfogarsi; la querela penale, la ricusa, la presa-a-parte. Quì si è scelta quest'ultima. La frase *presa-a-parte* è un gallicismo: i nostri maggiori ne usavano una migliore, e di più pronta intelligenza: *si iudex litem suam fecisse dicatur*. La definizione n'è la seguente. *Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit: dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes* (1). Così il giudice nella causa si mostra più *parte* che *giudice* (2).

---

(1) L. 15, § 1, D. V, 1, *de iudicis*.

(2) Da ciò la frase francese, *prise-a-partie*, quasi voglia dimostrarsi con essa, che il magistrato nella causa sia *parte*, e non *giudice*.

4. Calda di questo dritto, in una causa in cui ella è parte-civile, D. *Mariantonia Camerini* ha *preso a parte* la intiera gran-corte criminale di Avellino, ed il proccurator generale del Re presso di essa, per motivi di *dolo* (1). Anzi sostiene argomentarsi questo evidentemente dagli atti stessi della causa, da' quali crede che traluca chiaro il favore di quei magistrati per D. *Achille Rainone* da essa *Camerini* querelato. La camera civile di questa corte suprema le ha permesso di citare innanzi a voi tutti questi magistrati. A ciò si è adempito. Dovete pronunziare sul merito dell'azione.

5. Orribili furono i misfatti che vennero commessi in persona della *Camerini*, e in persona di tutta la sua famiglia ne' due giorni 29 e 30 di maggio 1836. La distinzione de' misfatti dell'un giorno, da quelli dell'altro, è importantissima per la causa.—Nel dì 29 fu propinato l'arsenico agl'individui di tutta la famiglia: nel dì 30, quando i rei li videro scampati dal veleno, li aggredirono col ferro: molti ne ferirono, e dieci ferite toccarono a questa *Mariantonia*: il fratello di lei D. *Pasquale* fu ucciso; gli altri tutti mal conci. — Il veneficio del dì 29 se fosse rimasto isolato, sarebbe stato di competenza ordinaria: gli assassinii del dì 30, perchè commessi con riunione armata, erano di competenza speciale. — Gli esecutori ed autori principali degli uni e dell' altro erano indicati in *Gaetano* e *Beniamino Camerini*, congiunti di quella famiglia, determinati alla strage per querele domestiche, e per avidità di raccoglierne il re-

---

(1) *Se si pretenda che nel corso della instituzione, o nell' atto della sentenza sia intervenuto dolo, frode, o concussione*. Art. 566 pr. civ.

taggio: eglino, fallito il veneficio, aveano associato a sè per i misfatti del dì 30 *Niccola Guarente*.

6. Questi tre rei furono arrestati nel dì 25 giugno. Compiuta la instruzione delle pruove nel dì 24 novembre, il proccurator-generale formò il suo atto di accusa, e richiese che fosser essi giudicati per tutti i misfatti col rito speciale. La gran-corte nel dì 26 dello stesso novembre fece dritto alla sua dimanda.

7. Intanto alcuni testimoni presentavano degl'indizii d'intelligenza e di complicità con questi rei contro D. *Achille Rainone*. Il proccurator-generale e la gran-corte credettero ben assodate le pruove della complicità di costui per il tentato o mancato veneficio del dì 29 maggio; mal sufficienti però per gli assassinii del dì 30. *Hinc nobis prima mali labes*. Così nello stesso dì 24 novembre il procurator generale segnò un'accusa a parte contra di lui, ritenendolo reo per allora di complicità nel solo veneficio. Questo misfatto però non era di competenza speciale (§ 5). *Rainone* era un complice di rei giudicabili col rito speciale, ma non era fin allora ben provato che lo fosse ne' loro misfatti speciali. Essendo ciò vero, non potea sottostare alle forme più rigide ed abbreviate di un procedimenio straordinario. Si richiese dunque e si decise, che fosse giudicato separatamente col rito ordinario per il misfatto del dì 29 (1), ed intanto fu messo in istato di *libertà provvisoria* per i misfatti del dì 30.

8. In questa disgiunzione di causa trova la ricorrente *Mariantonia*, che *iudex dolo malo in fraudem legis sententiam dixit*. E per dimostrare che *evidens arguatur eius gratia* a favore di *Rainone*, si avvale di sette argomenti.

---

(1) Art. 427 pr. pen.

I, Le pruove, ella dice, della complicità di *Rainone* negli assassini del dì 30 sono più forti, o almeno pari alle pruove della sua complicità nell'avvelenamento:

II, Il proccurator-generale tolse volontariamente alla gran-corte il mezzo onde conoscere ciò che vi era di verità nel processo, col presentare mutilati i fatti dell'accusa, e monche le note de' testimoni:

III, La gran-corte con ostinata pervicacia non volle vedere il vero, perchè costantemente rigettò ogni altra dimanda della parte civile, intesa a chiarirlo:

IV, Tra queste dimande rigettate, merita di essere principalmente osservato il rigettamento degli ultimi fogli de'lumi:

V, La parte-civile ad ognuno di questi rifiuti produsse ricorso per annullamento: la gran-corte ritenne questi ricorsi formali, come semplici proteste, e con manifesto eccesso di potere usurpò la giurisdizione della corte suprema di giustizia, giudicandoli per allora irricevibili: *in questo modo*, sono parole della instanza, *non solo si viola la legge, ma con dolo s' impedisce la conoscenza del vero*:

VI, La gran-corte l'impedì ancora più, quando a tutti i testimoni spergiuri fece sì buon viso, che li sottopose appena a mandato:

VII, Nè questo mandato fu mantenuto: ella li abilitò subito a tornare in patria, e ciò senza giurisdizione, e formando collegio di un numero di giudici minore di quello che prescrive la legge.

Discutiamo a parte a parte, e con quella cura ch' esige l'importanza della causa, tutti i sette motivi.

Sez. II.

Discussione del merito de' motivi dell' azione.

9. Volendo guardare quest' azione nella sua origine, debbe in primo luogo osservarsi per fatto, che *Rainone* non è stato assoluto per la pretesa sua complicità ne' fatti del dì 30 : egli in tanto non ne venne accusato , in quanto che si credettero insufficienti lo pruove ; ma non cessa di esserne ancora imputato. Se quei fogli di lumi, del cui rigettamento la instante si duole , produrranno effetto fra due anni , può ben riassumersi il giudizio , e *Rainone* da semplicemente imputato, potrà diventare accusato, ed anche condannato : la decisione di *libertà provvisoria* per questa complicità del dì 30 , come dice la stessa voce, è una interlocuzione temporanea e provvisionale , non una definitiva. Il danno che D. *Mariantonia* ne teme , non è peranco avvenuto. Ella non soffre nemmen quello dell' anticipazion delle spese , perchè si è constituita parte-civile con certificato d' indigenza. La gran-corte ha accolto questo certificato , ed ha ordinato che tutte le spese della causa sieno anticipate dalla real tesoreria.

10. Or cosa è mai una *presa-a-parte*? Il titolo stesso delle leggi di procedura civile che ne tratta , ce 'l dice: *Dell'azion civile contro i giudici, o sia presa-a-parte*. L'art. 136 della leg. org. sopprime il barbarismo *presa-a-parte* (§ 3), e ritiene la sola frase *azione civile*. E qual può essere l' azion civile contra un giudice per effetto di sentenza da lui pronunziata con dolo? Non altra che quella, la quale nasce dal danno dalla sentenza prodotto. Giustiniano, onde imprimer meglio questa idea nell'animo de'litiganti, perchè non uscissero intempestivamente a frastornare con le loro

querele i giudizii pendenti, tre volte ripetette la sentenza di Caio, registrata nel libro 3 delle *cose quotidiane*, o sia del suo *manuale per gli uomini del foro:* e questa sentenza è di tutt' i suoi ricordi di uso giornaliero il più importante, il più proprio a frenare le troppo vive passioni de' litiganti, e di chi difendendole le fa sue. Se il giudice, egli dice, abbia mai fatta sua la lite, *non proprie ex maleficio obligatus videtur*; perciocchè se fosse obbligato *ex maleficio*, non con l' azion civile in principale ei dovrebbe esser perseguitato, ma con la penale *de falso*, *de repetundis*, *de vi publica*, *de peculatu*, *de residuis*, *de ambitu*: l'azion civile in questo caso non sarebbe che *pedissequa* e come conseguenza dell' azion penale, e questa sarebbe l' azion principale. *Sed quia*, prosegue il giureconsulto, *neque ex contractu obligatus*, *et utique peccasse aliquid intelligitur*, *licet per imprudentiam* (per cui nella presa-a-parte credono gli scrittori che il *dolo* non sia altro che la colpa lata), *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione*, *et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit*, *poenam sustinebit*. Questa sentenza vien riportata la prima volta da Giustiniano nelle *instituzioni*, IV, 5, al principio *de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur*: la seconda volta nella legge 5 § 4, D. XLIV, 7, *de obligat. et actionibus*; la terza volta nella legge 6, D. L, 13, *de extraordinariis cognitionibus*, *et si iudex litem suam fecisse dicatur*.

11. *Quasi ex maleficio teneri*, è per l' appunto la nostra azione per l' articolo 1336 delle nostre leggi civili sotto il titolo *de' quasi-delitti*. Non è ancora reato quello del giudice, ma è una colpa, un peccato, *utique peccasse intelligitur*; ed *ogni fatto dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga co-*

lui per colpa del quale è avvenuto, *a risarcire il danno* (1). È una responsabilità, talvolta anche del fatto altrui, come avviene ne' padri, come avviene ne' padroni, come avviene ne'maestri e negl'intraprenditori. Ma si può egli essere mai responsabile di un danno che si teme? Il danno dev'essere stato prodotto, e perciò si dà l'azione *in factum*, azione di senso latissimo, ma che vuole il fatto avvenuto ed il danno per fondamento. Ecco perchè il fine di quest'azione non è altro che *sustinere poenam in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit*. E *poenam* qui non è pena corporale, ma quella che nasce da *azion penaria* o penale, secondo l'antico linguaggio de' giureconsulti, per operazioni, le quali dedotte ne' giudizii civili davan luogo a ristoro di danni (2). Di fatti Ulpiano traduce quella frase di Caio con le parole, *ut veram extimationem litis praestare cogantur* (3); e Costantino nel far uso della parola *vindicta*, sinonimo spesso di *pena*, non mette a calcolo, che *aestimationem dispendii*, *et litis discrimen* (4). Merlin, Carré, Toullier e gli altri autori del nuovo diritto, non si dipartono da queste antiche definizioni.

12. Or io domando: perchè non conchiude D. *Mariantonia* per lo ristoro delle spese che ha sofferte per colpa de' giudici? perchè non parla del danno cagionatole da questo pericolo giudiziario? perchè non disegna il valor vero della sua lite, del quale una parte le sia stata defraudata per colpa dei giudici? Ella stessa ci dice, che finora non ha sofferto alcun

---

(1) Parole dell' art. 1336 ll. cc.
(2) L. 58, 108 § 3, 155, 164, *de reg. iuris*.
(3) L. 15, § 1, D. V, 1, *de iudiciis*.
(4) L. 2, C. VII, 49, *de poena iudicis qui male iudicavit*.

dispendio, nè la sua domanda dei danni-interessi contro *Rainone* è stata giudicata. Dice bensì che il fine della sua *presa-a-parte*, è quello di allontanare quei giudici dalla sua causa. Ma la legge le ne dava la via con la ricusazione. La ricusazione è intesa a toglier dalla causa il giudice di cui si teme *inimicitia vel gratia*. Quindi il danno temuto è l'oggetto di questo rimedio; il danno avvenuto è l'oggetto dell'altro. Quel rimedio è inutile dopo il giudizio: questo è intempestivo prima di una sentenza, che produca o apparecchi un pregiudizio irreparabile. Gli esempi di qualche autore per *presa-a-parte* instituita nel corso del giudizio, riguardano sempre chi ha sofferto un danno per qualche provvisionale o interlocutoria, come sarebbe un arresto personale, o uno spodestamento illegale di proprietà. Confondere i due rimedii non si può, perchè diverso è il fine a cui tendono, diversi ne sono i motivi, diversa la giurisdizione, diverse le forme, diversi gli effetti.

13. Se non che l'avvocato della ricorrente sostiene, che questo non sarebbe che un *fine di non ricevere*, un mezzo cioè per far dichiarare *inammessibile allo stato* la sua azione; e che ciò non può più pretendersi dopo che l'altra camera di questa corte suprema l'ha *ammessa* con l'arresto del 5 settembre 1837 (§ 4). Ma la frase, *ammettere un ricorso*, è di senso sì ampio, che ogni qualunque volta ella viene impiegata, la significazione dev'esserne determinata da ciò che con l'azione stessa si chiede (1). Cosa

(1) La legge, checchè si dica da altri, non fa distinzione alcuna tra *ammessione* e *ricevibilità* (V. la nota 1 alla pag. 99, vol. 4, *Quist. di dritto*). Sono voci di genere, la di cui significazione è poi determinata da ciò che si ammette e si riceve. Si presenta p. e. un'appellazione o un ricorso per annullamento? La quistione di ammessibilità è relativa alla per-

si chiedeva nell' altra camera? Non altro che la permissione di citare i magistrati presi a parte. L' art. 578 procèdura civile, nal quale trascorse le frase, *se il ricorso è ammesso*, è relativo all' art. 574 così concepùto: *Non sarà permesso alcun richiamo contro i giudici, senza che preceda una permissione accordata dal tribunale che dee deciderne.* È per l' appunto ciò che i nostri antichi dicevano, *impetratio post editam actionem* (1). Si è tolta l' *impetrazione* in tutti gli altri giudizii (2): in questi soli la necessità n'è rimasta (3). Se fa d'uopo, dice un autor grave (4), che le parti abbiano la sicurezza di ottener giustizia anche contro i proprii giudici, l' ordine pubblico esige che i ministri della giustizia non diventino il giuoco di passioni incomposte, sino al punto di dover discendere a grado altrui dal lor seggio di onore per giustificare la propria condotta. Io sostenni nell' altra camera che per se stesso era sì mal fondato questo richiamo, che nè i caratteri, nè gli argomenti del dolo conteneva. Ma la maggioranza decise, non già che questi caratteri e questi argomenti vi esistevano, ma che asserendovisi il *dolo* de' giudici, questo era un motivo contenuto nell' ar-

---

sona, o al tempo o alla forma, ed è decisa quando si dice, è *ammessibile*. Nel giudizio del merito non può più ritornarsi su queste quistioni decise. Nel caso attuale l'*ammessione* non è che per il permesso di discutere *partibus auditis*, se l'azione sia ammessibile per le altre condizioni che vi si richieggono e che non sono state giudicate. — V. il § 9 del n. preced.

(1) Cuiacius, comm. ad codicem, in l. 3, *de edendo*. Ediz. nap. tom. IX, col. 10 et 110.

(2) L. 2, C. II, 58, *de formulis et impetrationibus sublatis*. — Art. 198 l. org. — Art. 101 e segg. pr. civ.

(3) Bigot-Preameneu, Esposizione de'motivi del lib. V pr. civile.

(4) Savoye de Rollin.

ticolo 569 pr. civ., ed accordò la sola permission di citare, affinchè ogni eccezione e difesa si fosse discussa nel giudizio del merito. Nè potea questa *impetrazione*, o sia *permission di citare*, offendere in alcun modo il dritto della parte non per anco intesa: *res inter alios iudicatae, neque emolumentum afferre his qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare: neque enim indicta causa quemquam damnari, aequitatis ratio patitur* (1). Noi non più richiamiamo in disamina, se i giudici debbano esser citati; ma sosteniamo che intatte e non pregiudicate sono rimaste ad essi *integrae defensiones* (2).

14. Ed essi le han spiegate con semplicità e buona fede. Il loro valoroso avvocato vi ha presentato un volume di documenti, de' quali con l'assidua diligenza e con l'acume che suole, vi ha fatto un'analisi accurata. Con ugual valore l'avvocato della ricorrente vi ha risposto. Tutti gli atti son qui: la causa è pienamente instruita: l'una e l'altra parte dichiara non aver altre pruove da esibire. Dovete dunque giudicare del merito del ricorso, tanto per la pertinenza e sufficienza de' suoi motivi, quanto per la indole ingenita e per la natura dell'azione, e per le circostanze nelle quali è promossa.

15. Or il primo anello, anzi l'unico al quale ella si attiene, è la pretesa illegalità di aver scissa la causa di *Rainone* da quella degli altri accusati. Esaminato questo fatto, l'importanza degli altri è discussa: essi non ne sono che la conseguenza.

16. Arrestati *Gaetano* e *Beniamino Camerini* nel dì 25 giugno (§ 5 e 6), si seppe che non sì tosto essi

---

(1) L. 2, C. VII, 56, *Quibus res iudic. non nocet.* — L. 1, D. XLVIII, 17, *de requir. vel abs. damnandis.*

(2) L. 2 et 4, C. VIII, 36, *de exceptionibus.*

avevano funestata ne'dì 29 e 30 maggio con sì inuditi misfatti la patria, si erano rifuggiti in Napoli, trattando co'due fratelli, loro compaesani, *Fortunato* e *Giovanni Carrera*. Costoro vennero assegnati innanzi al giudice instruttore di Avellino; e *Fortunato* nel dì 27 luglio svelò, ch'egli ed il germano abitavano in Napoli in una casa di D. *Achille Rainone*; che quivi ne'primi giorni di giugno vennero a trovarlo *Gaetano* e *Beniamino Camerini* per fars'indicare la casa d'un medico, cui *Rainone* li dirigeva con una lettera; ch'egli la indicò loro; che poscia incontrò entrambi nella strada del campo, ove entrato in discorso con essi su'motivi del loro allontanamento dalla patria, ne seppe aver già essi *deciso di distruggere la intera famiglia di D. Luigi Camerini lor congiunto, persuasi succedere di dritto alla eredità della famiglia stessa; ed esservisi decisi specialmente per le incitazioni che lor venivano fatte da D. Achille Rainone, dal perchè era in disgusto col D. Pasquale Camerini figlio di D. Luigi per controversie surte fra essi per confini di territorii, ed erano giunti fin dallo scorso anno a vie di fatto; e per agevolare la esecuzione, avea lor somministrato il veleno in una carta a guisa di sale.*

17. E qui proseguiva *Carrera* a narrare, che i due descrissero minutamente e per solo diletto tutte le perfidie del dì 29 maggio, e particolareggiandone minutamente i modi, gli numerarono le persone destinate a morir di veleno, nella stessa guisa come ciò era risultato dalla instruzione; anzi dando quasi a disegno un legame a'fatti nella instruzione dichiarati, secondo il bisogno che questi potevano averne, soggiunse aver detto coloro, che vedendo mal riuscito sì fatto conato, si rivolsero subito alla violenza ed al ferro; che assunsero in compagnia *Guarente*, e che tutti e tre armati di baionetta e di stile

s' introdussero nel dì seguente in casa di *Luigi Camerini*, si chiusero dietro il portone, onde niuno ne scampasse, e cominciarono ad eseguire la strage. In questa parte della dichiarazione di *Fortunato Carrera* si parla pure di *Rainone*, ma ne' termini seguenti: *Che perciò*, *concertarono* (cioè essi tre, *Gaetano* e *Beniamino Camerini* e *Guarente*) *ricorrere alle armi*, *stimolati a ciò fare dallo stesso D. Achille Rainone*, *onde sottrarsi alla miseria in cui erano*.

18. *Giovanni Carrera* non era presente a questa confessione stragiudiziale de' due, ma depone, concordemente al fratello, la venuta di essi nella loro abitazione, e tutt' i fatti, la di cui conoscenza doveva esser comune al fratello ed a lui. Le dichiarazioni del medico e di altri testimoni non lasciano dubbio l'interesse che *Rainone* avea preso perchè *Gaetano* e *Beniamino Camerini* avessero un asilo. Nè lievi sono gl' indizii, da' quali appare, ch' ei li avesse forniti di scorta e di qualche danaro. — Da tutto ciò risulta che contra *Rainone*, non indicato mai da alcuno fino al dì 27 luglio (§ 16), da quel giorno in poi si elevarono nella instruzione scritta tre indizii: briga precedente intorno a confini di fondi con *Pasquale Camerini*; aiuto prestato alla fuga di due de' rei; confessione stragiudiziale di costoro deposta da *Fortunato Carrera*.

19. Or in una gran-corte criminale può ben trovarsi chi creda affettata ed inverosimile quella sì minuta e senza oggetto, confessione stragiudiziale, e più inverosimile il passeggio tranquillo e per sola vaghezza di divertirsi, sulla strada dal campo, fatto da chi teneva ancora contaminate le mani di veleni e di sangue, e che avea cercato fino allora di nascondersi per vie inaccesse agli occhi di tutti; e perciò nell' estimar queste pruove può non mancare un giudice, il quale creda questa

briga di *Rainone* con un giovine figlio di famiglia, causale molto lieve ed inefficace in un uomo non avvezzo ai reati nè al sangue, per far uccidere prima col veleno, e poi col ferro, il padre di quel giovine, e le sorelle, e i domestici e tutta la famiglia; la causale di questi misfatti è tutta ne' due *Camerini* che ne furono gli esecutori. Lo stesso giudice avrebbe potuto spiegar l' aiuto prestato alla fuga, col solo senso, fosse inopportuno, di pietà, ed anche di compiacenza malnata in vedere spento quel *Pasquale* con cui avvenne quella briga di confinazione. In fine data anche per vera la confessione stragiudiziale, avrebbe potuto sembrar questa, in chi è convinto con tanta evidenza, quali sono i due *Camerini*, un reo desiderio di astringere un uomo più potente alla difesa comune: *communione criminis*, *consortium personae superioris optans*, *eripi se posse confidens studio nominati* (1). Potea ben dunque un proccurator generale ed una gran-corte credere non bene assodata la pruova della complicità di *Rainone* sì nei fatti del dì 29, e sì ne' fatti del dì 30, pronunziarsene la libertà provvisoria, e spedir la causa per i rei principali (2). La legge esige per un' accusa *indizii sufficienti*, e la sufficienza degl' indizii *nullo certo modo satis definiri potest*: *ex sententia animi sui iudex aestimare oportet quid aut credat*, *aut parum probatum sibi opinetur* (3). Se dunque un giudice, secondo la sua conscienza, avesse così estimate le pruove risultanti dalla instruzione, non sarebbe censurabile.

20. Un altro giudice però d'indole più severa e

---

(1) L. 17, C. IX, 2, *de accus. et inscriptionibus*.
(2) Art. 138, e 149 pr. pen.
(3) L. 3, § 2, D. XXII, 5, *de testibus*.

di men benigna conscienza, avrebbe potuto credere essere quei tre indizii (§ 18) sufficienti all'accusa, salvo a vederne definitivamente la sussistenza e il legame nella pubblica discussione. Se non che per l'avvelenamento avrebbe trovato nella confessione stragiudiziale de' rei principali il concerto di avvelenare fatto con *Rainone*, ed il veleno da *Rainone* apprestato. Se fossero veri questi due fatti, egli sarebbe colpevole del misfatto del dì 29 ai termini del n. 3 dell' art. 74 delle leggi penali. Per contrario nel fatto del dì 30, stando strettamente alle parole della confessione stragiudiziale, il concerto si fa tra *Gaetano* e *Beniamino Camerini* e *Guarente*, e contra *Rainone* si dice soltanto, ch' essi vennero *stimolati* da lui (§ 17). Ma stimolare senza commissione o mandato; stimolare senza aggiugnervi doni, promesse, minacce, abuso di autorità o di potere, macchinazioni, o artifizii colpevoli; stimolare senza procurar armi, instrumenti o altri mezzi che servono all' azione; stimolare senza facilitare, o assistere presentemente gli autori del fatto criminoso, non trova nelle nostre leggi luogo fra i casi di complicità. Il diritto Romano, assai imperfetto in ordine alla complicità, ora la esclude in caso di nuda instigazione e di semplice consiglio, ora la ritiene secondo le circostanze (1). La nostra legge la esclude sempre, quando la instigazione ed il consiglio non degenerano in commessione o mandato, o in facilitazione o preparazione di mezzi. Se dunque un giudice avesse creduto *Rainone* accusabile di complicità per il fatto solo del dì 29, e non per il fatto del dì 30, avrebbe seguita, non violata la legge.

---

(1) V. Anton. Matthei, *de criminibus*, Prol. cap. 1 § 9. — V. il nostro trattato *della complicità*, nel n. XXII del vol. IV di queste *Quistioni di dritto*.

21. Avrebbe però potuto esservi un terzo giudice, il quale guardando l' aiuto posteriore dato agli autori de' due misfatti, ed il concerto e la somministrazione de' mezzi dati a commettere il primo, avesse per presunzione esteso il concerto di *Rainone*, e quasi la commessione, anche al secondo: presunzione certamente assai ardita, specialmente quando la causa prossima del reato, che fu quella d' impadronirsi della eredità degli uccisi, non lo risguardava affatto. Ma trattandosi di sufficienza di pruove, non per la condanna, ma per l' accusa, e per un giudizio di sottoposizione all'accusa (1), per poi giudicarne dietro piena difesa ed in pubblica discussione, se un giudice avesse così opinato, sarebbe giudice di troppo aspra sentenza, ma niuna legge verrebbe offesa da lui: la estimazione de' fatti è rimessa intieramente alla sua conscienza.

22. Adunque delle tre sentenze alle quali poteva attenersi il magistrato nel giudizio di sottoposizione all' accusa in questa causa, in niuna egli sarebbe censurabile, purchè egli avesse espresso senza passione per alcuna delle parti, ciò ch' egli ne sentiva, secondo l' impressione che i fatti e le pruove facevano nel suo animo: *quod naturae negotii convenit ex motu animi sui, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret* (2). Dunque la sola scelta fatta dal giudice dell' una più che dell'altra sentenza, non può essere argomento di parzialità o di favore: anzi dee presumersi che così e non altrimenti egli abbia estimato il fatto *ex animi sui sententia*. Non è il caso in cui sia *factum ipsum pro dolo*: chi fa uso di una facoltà che gli dà la legge, nulla fa in fro-

---

(1) V. in questo vol. il n. VIII, § 15 e 22, pag. 157 e 166.
(2) L. 21, § 3, D. XXII, 5, *de testibus*.

de della legge: *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (1). E si avverta che questa regola è di Caio, cioè a dire di quel giureconsulto che fissa i principii della presa-a-parte per motivo di dolo (§ 10).

23. Or il proccurator generale e la gran-corte di Avellino credettero forse troppo rilasciata la prima sentenza. Non caddero poi nell'ultima, perchè veramente la scienza cooperativa del complice nel reato dev'essere precisa e particolare al reato di cui si tratta; e correrví di presunzione in presunzione sarebbe stato un sorite, o sia un sillogismo acervale, più che un sillogismo vero. Ma de' soriti sappiamo già quel che dissero Ulpiano e Giuliano (2). *Omnia quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt* (3). *Prudentissime igitur*, per servirmi delle parole di Paolo, *medietatem quamdam secuti sunt* (4); e *Rainone* fu accusato di complicità, ai termini dell'articolo 74 delle ll. penali, pel solo avvelenamento, o sia ne'misfatti del giorno 29.

24. L'avvocato dell'attrice, uomo al certo non leggiero di mente, e che io per lungo uso sono avvezzo a stimare assaissimo, trova sì chiaro che il proccurator generale e la gran-corte non avessero altro da scegliere, fuor che il terzo partito, ch'ei crede un manifesto contraffacimento alla legge l'averne scelto un altro. Ma temo forte, che in dir ciò egli paghi un tributo alla condizione comune della umanità, e

---

(1) L. 55, *de regulis iuris.*

(2) L. 177, *de verb. sign.* — L. 65 *de reg. iuris.* — V. nella nostra *Proc. pen.*, I, 374, II, § 237, III, § 916.

(3) L. 76, *de reg. iuris.*

(4) L. 3, D. V, 4, *si pars hereditatis petatur.*

Virtus est medium vitiorum, et utrinque reductum.

Hor. Epist. I, 18, v. 9

che lo zelo della causa gli faccia veder chiaro quel che chiaro non è. Certo è che chi no 'l vede chiaro come egli lo vede (e tra costoro che sì chiaro non vedon, son io) non è per questo solo ch' egli agisca con dolo. Il dolo, dice il nostro Gioia, è creare false apparenze, acciò nell' altrui animo sorga la persuasione della non esistente realtà della cosa: *aliud agitur, aliud simulatur*. Si tratta di una estimazione di fatto. Converrebbe dimostrare che in realtà ella era sentita nel fondo dell' animo di quei giudici nel modo rigidissimo, e direi pure incomportabile col fatto, come l' attrice la sente, e che essi l' abbiano rivestita poi di false apparenze per simulare in carta ciò ch' essi non sentivano in cuore. Ch'essi dovessero sentire com'ella sente, non credo che il difensore di lei voglia assumerlo, egli il quale è sì lunge dalla maniera oltracotata e superba di coloro i quali credono il pensier proprio misura infallibile di quello degli altri: dire che così volea la legge, no 'l può, perchè *quaestio facti, in arbitrio est iudicantis* (1); di corruzione non vi è tampoco il sospetto, e l' avvocato della ricorrente ha scritto e ripetuto che nè egli, nè la sua cliente può sospettarlo. Niun giudice all' incontro fra quei che si son presi a parte, è stato mai socio o compagno, o anche semplice conoscente di cotesto *Rainone*. Quando dunque non ci si dà altra pruova del dolo del procurator generale, nè di quello de'giudici, fuor che ripetere, *essi scrissero quel che non sentirono, perchè non sentirono quello che scrissero*, si cade in una petizion di principio, che svela tutta la fallacia e la falsa origine del ragionamento, la preoccupazione cioè d' un sistema di difesa, trop-

(1) L. 1, § 4, D. XLVIII, 16, *ad s. c. turpillianum*.

po sollecitamente conceputo, e troppo tenacemente vagheggiato.

25. Ed ecco perchè la ricorrente nel suo secondo libello, quello che chiamò prima *dolo* per favorir l'accusato, chiama *errore di mente* nel valutare le pruove. E questo *errore*, secondo ch' ella assume, è diventato poi *dolo* per gli atti posteriori, quando già la corte illuminata da lei dell'*errore*, vi si tenne pervicacemente ostinata. Io però quel fatto della gran corte continuerò a chiamare secondo lo chiama la legge, *estimazione di fatto secondo la propria conscienza*, e non *errore*, e secondo la logica, estimazione ragionevole, e forse unica, perchè la mezzana fra le due estreme (§ 23). E due de'giudici nella sottoposizione all'accusa abbracciaron la prima: perciocchè l'accusa pel veneficio non fu approvata che da tre soli de' cinque giudici che vi decisero. Or se l'accusato fosse venuto innanzi a voi ad accusar di *dolo* il proccurator generale e quei tre giudici per averlo sottoposto a giudizio di complicità nel veneficio, mentre potevano, come avevan fatto quegli altri due, accordargli anche per questo la libertà provvisoria, non sarebbe stato egli un temerario, per non dir cosa più grave? E pure avea per se il giudizio di due. Or perchè nè il proccurator generale, nè alcuno de' cinque ha creduto che *Rainone* fosse accusabile dell'omicidio consumato a colpi di pugnale, secondo la terza e più rigorosa fra le sentenze possibili (§ 21), si accoglierà l'accusa di dolo o di errore de'giudici per parte del querelante? *Non debet actori licere, quod reo non permittitur* (1).

26. Discendiamo intanto agli atti successivi. *Rainone* era in prigione dal dì 9 di agosto: il manda-

(1) L. 41, *de reg. iuris.*

to di arresto fu spedito immediatamente dopo la dichiarazione di *Carrera*. Nel dì 26 novembre era stato sottoposto ad accusa per complicità nel solo avvelenamento da giudicarsi con la giurisdizione ordinaria (§ 7). Abbiam veduto *Beniamino* e *Gaetano Camerini* nello stesso dì soggettati alla competenza speciale. In questi casi non è necessità di legge, ma prudenza ordinaria ne' giudizii, il fare andar del paro il giudizio per gli autori principali, e per i complici, così di quelli che debbono essere giudicati in via ordinaria, come di quelli che debbon esserlo col rito speciale, perchè le spese non si moltiplichino inutilmente, e perchè le gran-corti non frammettano un lungo intervallo di tempo tra l' uno e l'altro giudizio. Qui però i rei di competenza speciale produssero ricorso alla corte suprema. *Rainone* si acchetò alla sua decisione di sottoposizione all'accusa con rito ordinario. Così i termini per lui furon dati, ma non affrettati, ad onta delle sue continue domande di essere disbrigato in giustizia.

27. Allora nel dì 7 gennaio del corrente 1837 il querelante produsse un nuovo foglio di lumi, inteso a dimostrare più pienamente la complicità di *Rainone* ne' fatti sanguinosi del dì 30 maggio. L'art. 209 pr. pen. dà *facoltà*, ma non *obbligo* alla gran-corte di riunir nuove pruove in pendenza de' termini dopo l'accusa. Ma il proccurator generale e la gran-corte spiegarono questa facoltà, facendo diritto alla domanda del querelante. Ciò mostra evidentemente ch' ella non agiva per favorire il colpevole, ma che voleva esser chiarita con precisione sulle circostanze che a costui si apponevano. Ecco dunque un' ampliazione di processo, eseguita poi dal commessario della causa, ampliazione che durò fino a' 28 di aprile. Dell' uso di questa facoltà che ritenne in carcere l'ac-

cusato, incerto di sua sorte per altri quattro mesi dopo l'accusa, potea dolersi costui, non la querelante.

28. L'ampliazione però non corrispose a' voti della querelante. Intanto il ricorso prodotto dai rei *Camerini* e *Guarente* era stato dalla corte suprema rigettato; ma la gran-corte di Avellino nulla ne conosceva: il vostro arresto non le giunse che in giugno. La misura di prudenza e di economia che fa correre a paro, e ne' giorni medesimi, due giudizii, l'uno in corte ordinaria, l'altro in corte speciale(§ 26), dee cedere alla necessità ed alla giustizia. Quando era finita l'ampliazione del processo, atto per se medesimo già troppo pregiudizievole all'accusato, non vi era più ragione onde sospendere il giudizio. Fu dunque forza il procedervi innanzi.

29. Se l'ampliazione non avea presentata alcuna novella pruova per la complicità di *Rainone* nel fatto del dì 30, non vi era certo ragione di mutare avviso nella estimazione de' fatti della causa. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam* (1). La gran-corte dunque nulla cangiò del giudizio di sottoposizione all'accusa del dì 26 novembre (§ 7), ed ordinò solamente la rinnovazione de' termini.

30. Impartito nuovamente il termine di cinque giorni, la querelante D. *Mariantonia*, ed il padre, nel dì 2 maggio presentarono nuovamente un' altro foglio di lumi. Quì cominciano le loro improntitudini, che finirono poi con l'azione civile contra i giudici.

31. Se sospendere i termini ed il corso del giudizio dopo l'accusa per ascoltar nuovi testimoni ed unir nuove pruove, è una facoltà di cui si deve con molta circospezione far uso (§ 27), sarebbe veramente contrario alla umanità, non che alla giustizia, il sospen-

(1) L. 74 e 75, *de reg. iuris.*

dere i termini una seconda volta per un secondo foglio di lumi, che si dà dopo un primo, il quale per la sua vanità (§ 28) fu più un mezzo di prolungare il giudizio, che uso legale di un dritto. Dovea dunque la gran-corte rigettarlo, e lo rigettò. La riprenderei di debolezza e di favore per i querelanti, o di stolta ferocia, se avesse fatto altrimenti. *Rainone* esclamava con diritto dal fondo della sua prigione, che era pur tempo di giudicarlo.

32. Trascorso il termine de' cinque giorni, si aprì quello delle ventiquattro ore. Niuno degli offesi si era constituito fino allora parte-civile. Si costituì tale nel dì 14 maggio *Mariantonia Camerini*. Ella esibì la sua nota di testimoni, con certificato di povertà per non anticipare le spese, sola ragione per cui ella, e non il padre, si costituì parte-civile. Questo certificato fu ammesso (§ 9), ed i testimoni citati a spese del tesoro. Nel dì 18 erano trascorsi tutt'i termini: l'arresto della corte suprema per gli altri rei di competenza speciale, non giungeva ancora. La causa di *Rainone* era in istato di essere decisa.

33. Allora in nome della parte-civile si chiede di nuovo la riunione delle due cause per la complicità di *Rainone* anche nel fatto del dì 30. La gran-corte osservò non esser più tempo, e statuì nuovamente la libertà provvisoria di *Rainone* pel secondo misfatto. Questa decisione rendeva le altre pruove, che si sarebbero forse acquistate fra il biennio, sempre più utili a rimenarlo in giudizio. Ma la parte-civile produsse allora ricorso avverso la decisione di sottoposizione all'accusa del 26 novembre (§ 7), e ricorso avverso la decisione che rigettava il secondo suo foglio di lumi (§ 31), e ricorso avverso le deliberazioni relative al procedimento, e domandò la sospensione del giudizio ed il rinvio degli atti alla corte supre-

ma. La gran-corte tenne tanti ricorsi come proteste ed ai termini degli articoli 212 e 305 della proc. penale, continuò il procedimento. Battaglia fu questa animatissima e incomposta, più che tranquillo giudizio. Nè contenta a ciò la parte-civile, ne ricorse al ministro segr. di stato di grazia e giustizia, il quale ne chiese subito conto al proccurator generale che gli fè rapporto di tutto. Ma il ministro nel dì 20 maggio rescrisse a lui di *aver letto il rapporto*, nè fece osservazione alcuna, lasciando in tal modo libero il corso al giudizio.

34. Così finalmente fu aperto il dibattimento nel dì 26 maggio, cinque mesi dopo l'accusa (§ 6). Quest'apertura avrebbe potuto dirsi una vera tempesta, se ciò che la turbò, non avesse carattere piuttosto di conati impotenti e di grida e di sforzi già abbattuti e giudicati. I ricorsi si riprodussero, si riprodussero le dimande di sospensione, si riprodusse la pretesa evidenza dell' accusabilità di *Rainone* per la reità degli assassinii del dì 30. E tutto fu tenuto di nuovo in luogo di protesta, o di lumi ed instanze per le novelle pruove fra i due anni. Costante la gran-corte in un proposito garentito dalla legge, proseguì la pubblica discussione ne' dì 27 e 29 di maggio.

35. Ma le accuse di deferenza si dirigevan sempre più alto. Il processo fu richiamato; il dibattimento sospeso. Nel dì 8 giugno perveniva alla gran-corte l'arresto della corte suprema, che avea rigettato il ricorso de' due rei *Camerini* (§ 26 e 32): nel dì 12 agosto le era dal ministro restituito il processo, ma semplicemente, e senza precetto o consiglio: ella già ripigliava la pubblica discussione.

36. Allora fu che nel dì 27 agosto la stessa querelante spiegò innanzi alla corte suprema la sua azion civile, ossia *presa-a-parte* contro la intera gran-corte, e contro il proccurator generale presso di essa,

per *dolo* e *frode* risultanti dagli atti a favor di *Rainone*. Se valessero per dimostrazione di *dolo* e *frode* de' giudici le proteste vane, le dimande giudicate e poi ripetute onde ottenerne ripetute repulse, e le insistenze pertinaci, e le aspre parole, niuna causa ne avrebbe più piena e moltiplice di questa. Tutto ciò è raccolto nel *primo motivo*: questo è l'anello a cui si legano tutti gli altri, intesi a dimostrar quell'assunto. Ma di esso ho già ragionato abbastanza (§ 8, § 15 e segg.). Dov'è che in qualche decisione o atto del procedimento siasi scritto o detto diversamente da quel che si sentiva (§ 24)? Dov'è che possa trovarsi negligenza volontaria, supina inavvertenza, inosservanza capricciosa di rito, che costituisca quella *colpa lata* che può agguagliarsi al *dolo* (§ 10 ed 11)?

37. Il *secondo motivo* (§ 8) non vale il prezzo di parlarne, quando è dimostrato, che l'aver estimato i fatti dell' accusa in un modo più che in un' altro, non contiene per se colpa nè dolo. L' aver soppresso nell' accusa stessa quella parte di confession stragiudiziale che può riguardare la complicità del giorno 30 (§ 17), è una conseguenza del convincimento che la tenne per inutile nella causa contra *Rainone*: ella potrà esser utile quando pruove novelle avranno determinato con tal precisione i caratteri della instigazione al misfatto del dì 30, che facciano entrar questa in uno de' numeri dell' articolo 74 delle leggi penali (§ 20). L' aver poi regolata la nota de' testimoni secondo i fatti che l' accusa presenta, e non oltre, è un' altra conseguenza dell' accusa; anzi era un dovere, onde non intorbidare il giudizio attuale con discussioni estranee sopra oggetti non compresi nell'accusa, e non dispendiar vanamente la real tesoreria: oltre a che alla parte-civile si è fatta abilità di far esaminare in dibattimento quanti testimoni ha voluto.

38. Ugualmente il non discendere a nuova ampliazione di pruove dopo la prima (§ 31), come il rigettare le dimande iterate della riunione della causa (§ 33), non è che conseguenza dei primi passi. Il negare in fine di rimetter gli atti alla corte suprema non è stato un dichiarare irricevibili i ricorsi (§ 29 e 33), ma conservarli intatti per farli riunire ai ricorsi possibili dopo la definitiva, siccome prescrive la legge.—E questi sono i primi *cinque motivi* (§ 8). Rimangono il *sesto* ed il *settimo*, cioè a dire l' esperimento del mandato cui vennero soggettati i due fratelli *Carrera*, e la licenza del loro discesso.

39. I fratelli *Carrera* nella discussion pubblica de' dì 26, 27 e 29 maggio (§ 34) ritrattarono le loro dichiarazioni, negando la parte della confessione stragiudiziale de' due *Camerini*, la quale si riferiva a *Rainone* (§ 16 e 17). L'art. 264 procedura penale si esprime così: *un testimonio che vacilli nella sua deposizione, può esser ricondotto alla verità, con essere avvertito, o tenuto in disparte, ed anche col mandato, o arresto.* Gli art. 265 e 266 danno facoltà al proccurator generale di chiedere mandato di arresto contra il testimonio che offre gravi argomenti di falsità, potendo la gran-corte dar questi ordini sul momento, o riserbarli al tempo in cui delibererà sulla causa principale. Ed il proccurator generale dimandò l'arresto di quei due; ma la gran corte avvertì prima costoro, poi li tenne in disparte, poi li sottopose a mandato. Non fu chiusa però la loro deposizione; e come la discussion pubblica era stata interrotta (§ 35), così non sappiamo se coloro negli ultimi esamini avrebbero persistito a giurare contro la scritta dichiarazione, nè se la gran-corte a tanta pervicacia li avrebbe arrestati, per aver mentito o nella instruzione, o nella discussione pubblica.

40. So bene, e ciò è notato nel processo-verbale, che l'avvocato della querelante al primo udire le loro ritrattazioni, divenne fiamma: invèi fremendo contro di essi, ne domandò l'arresto immediato, e domandò che fossero sottoposti a giudizio di falso, ovvero il fosse il giudice instruttore, ed il commessario quivi presente, se mai costoro avessero scritto di accordo ciò che i testimoni non avean detto. Ma la gran-corte volle in tutti il ritorno della calma, perchè tanto i testimoni, quanto i querelanti, *animi tranquillitate recepta, in iudicio sistant cum mente et consilio* (1). Or sino a questo punto io trovo la condotta della gran-corte criminale non pure irreprensibile, ma ferma e lodevole. Contraffà alla indole della discussion pubblica, chi al cangiare di ogni circostanza della dichiarazione scritta mette in arresto un testimone (2). La legge perciò saggiamente colloca in primo luogo l'avvertimento, poi il mettere il testimonio in disparte, poi il mandato, finalmente l'arresto. I due fratelli erano entrambi scribenti: ciascun de' due avéa fatto nella instruzione scritta una duplice dichiarazione, e l'un di essi avea fatta la seconda innanzi al giudice commessario. Ritrattarle in faccia al reo ed innanzi al commessario stesso che l'avea ricevuta, dava un argomento non contro il solo reo, ma o de' maneggi del reo nella discussione pubblica, o de' maneggi de'querelanti nella instruzione. E poi chi può indovinare, che la gran-corte si sarebbe convinta della veracità piuttosto della dichiarazione ultima, che delle due prime?

---

(1) L. 5, Cod. Theod. *de accus. et inscriptionibus.*

(2) De' pericoli e dello scandalo per l'intemperanza di ricorrere subito al carcere, e tenervi lungamente i testimoni in esperimento, tratteremo ampiamenta nella conclusione al n. seguente, data nella causa di *Luigi de Vuono.*

Chi può mai dire, che la gran-corte non avrebbe forse tratto da questo mendacio un altro indizio contro dell'accusato? Chi prevedere, che nel fine della discussione pubblica, o al tempo che la gran-cote si sarebbe riunita nella camera del consiglio per pronunziare sulla causa principale, non li avrebbe messi in istato di arresto per sottoporli ad un giudizio di falso? Rivolgere ad argomento di *dolo* una violazione di rito che può esser figlia di negligenza semplice e di errore, è per se stesso un audace pensiero. Che diremo del rivolgere in motivo di *dolo* un atto che ha in se l'impronta della prudenza, che vien autorizzato, anzi raccomandato dalla legge, e che era rivocabile fino a tanto che non si pronunziava la definitiva?

41. Ma questi due ottennero poi licenza di ripatriare per dieci giorni, e la ottennero da cinque, e non da sei giudici.— Esaminiamone le circostanze.

42. Il provvedimento preso dalla gran-corte di sottoporre i due a mandato, non era di sua natura che di breve durata: perciocchè il dibattimento non potea durare al di là de' primi giorni di giugno. Per ricorso de' querelanti il ministro richiamò a se le carte, ed il dibattimento fu sospeso (§ 35). Intanto i testimoni non ricevevano indennità: il tempo della sospensione dipendeva dal ministro. Chi dava ad essi i mezzi da vivere? Il mandato non poteva essere condanna di morte per fame, e molto meno divenire un bisogno di abbandonarsi a male arti, e se mai fossero stati sedotti ed alimentati dal danaro di *Rainone*, una ragione ad essere più pertinaci a mentire, o finalmente un incentivo a negoziare tra la parte-civile e l'accusato. Era dunque una necessità di permettere ad essi di tornare in patria in tempo di raccolta, onde provvedersi del bisognevole. Se l'art. 264 conchiude: *questa facoltà* (di trattenere il testimone col man-

dato) *è confidata alla probità e prudenza della gran-corte*, non offende certo la legge una gran-corte che in queste circostanze, ne fa uso e la modifica. Di fatti allo spirare de' dieci giorni essi si ripresentarono. Chiesero allora un altro congedo, e questo fu lor negato. Infransero il mandato, atterriti forse dal colera che desolava Avellino, e si spedì contro di essi un mandato di arresto.

43. Nè fu un' abuso di potere, siccome si grida con enfasi, l'aver fatto tutto questo con cinque e non con sei giudici. L'art. 217 della proc. penale esige a pena di nullità, che aperta una pubblica discussione, tutte le deliberazioni che la gran-corte dee prendere, si facciano col numero che la legge prescrive per le decisioni definitive. Ma si avverta sempre che l'art. parla di decisioni *che si prendono nel corso della pubblica discussione*. Tosto che questo corso è interrotto, ritorna in vigore l'altra regola, la quale vieta, a pena di nullità, di pronunziare altrimenti che con cinque o tre voti. Di fatti poteva esservi discussione pubblica senza processo? Il richiamo di questo nel ministero (§ 35), e quindi l'interruzione della pubblica discussione, nacque da un fatto indipendente dalla gran-corte, anzi da un fatto e da un ricorso de' querelanti. Questa deliberazione di un discesso di soli dieci giorni era urgentissima; ed oltre a ciò era misura di prudenza indipendente dal merito della causa. Che si sarebbe fatto se un testimone avesse avuto il padre o il figlio o la moglie morente nella sua patria? Che, se avesse avuto un affare da cui tutta dipendeva la sua fortuna? Che, se fosse stato chiamato per un servigio pubblico (1)?

(1) Quante cause legittime vi abbiano per ciò, le leggiam numerate ne' titoli del Digesto, *si quis cautionibus*, e *de in ius vocando*.

Necessitas ius constituit diceva Modestino (1). Non poteva constituirsi la gran-corte nel numero necessario per la discussione pubblica, perchè discussione pubblica non poteva allor farsi. Ella dunque dovea constituirsi come in ogni altra circostanza.

44. La qual teoria è stata da voi sviluppata sulle mie conclusioni nella causa di *Saverio Dimitri*, con arresto del 2 settembre 1835, a rapporto del vicepresidente commendator Montone. Si trattava di un dibattimento interrotto per infermità di un giudice: s' ignorava quando esso avrebbe potuto proseguirsi. Fu necessità statuire sul trattenimento de' testimoni; e ciò si fece con tre giudici. Ripigliata poi la pubblica discussione, fu il *Dimitri* condannato all' estremo supplizio. Egli oppose qual mezzo di annullamento l'essersi deliberato il rinvio in patria de' testimoni nel corso della discussione pubblica con un numero di giudici minore di quello che esige la discussione stessa e la definitiva. Ma la corte suprema osservò che la discussione pubblica non era nel suo corso; ch' ella era interrotta indefinitamente per necessità di circostanze non dipendenti da lei; che statuire intanto sul trattenimento o licenziamento de' testimoni, era pura necessità, non potendosi obbligare i cittadini a star fuori della lor patria sì lungo tempo senza bisogno; e che così si era osservata, non violata la legge. Per queste ragioni rigettato venne il ricorso (2).

45. Da qualunque lato dunque questa causa si

---

(1) L. 40, D. *de legibus*. È la regola sovrana di risolvere i casi non preveduti letteralmente dalla legge.

(2) Prendiamo da questa massima stabilita allora dalla corte suprema occasione di presentare le altre, che formano come il comento degli art. 217 e 218 pr. pen. — La pubblica discussione delle pruove debbe esser fatta innanzi a tutti i giu-

guardi, non si trova un sol punto, su cui possa la *presa-a-parte* fondare il suo appoggio. Se anche vi fossero violazioni di forme, è da por mente che la

---

dici che debbono pronunziar sull' accusa, ed a porte aperte: il ministero pubblico, l' accusato e il suo difensore debbono esservi presenti. Nullo è dunque un dibattimento che per qualunque causa si faccia in casa privata. Arresto nella causa di *Pietro Serratore*, 26 luglio 1832, Rulli comm., Brancia m. p. — È nullo il procedimento d'un giudice regio, ch'essendo andato con le parti private e col ministero pubblico in una casa di campagna a raccogliere la dichiarazione giurata d' un' infermo, vi pronunzii la sentenza. Arresto nella causa di *Domenico Pirrò*, 29 settembre 1834, Franchi comm., Nicolini m. p. — Nullo è il giudizio correzionale, in cui la discussione cominci col supplente e finisca col giudice titolare. Arresto nella causa di *Caterina Cavasco*, 30 ottobre 1835, Camerano comm. Nicolini m. p. — Nullo è un procedimento criminale, in cui intervenuto un supplente (chiamato oltre il numero a' termini dell' art. 288), egli per impedimento del giudice ordinario, prenda parte in una sessione, e poi tornato costui, questi e non più il supplente prenda parte nella decisione. Arresto nella causa di *Niccola d' Antico*, 29 luglio 1839, Montone comm., Nicolini m. p. — Nulla è la decisione, quando il ministero pubblico non assista alle aringhe del difensore, e la decisione non si pubblichi alla sua presenza. Arresto nella causa di *Michele Veleno*, 16 giugno 1834, Montone comm., Nicolini m. p. — Se dunque, aperta la pubblica discussione, venga a pronunziarsi una decisione interlocutoria, che può influirvi, ma si pronunzii da numero di giudici minore di sei, e non in pubblica udienza coll' intervento del pubblico ministero e dell' accusato e del suo difensore, il procedimento è nullo. Arresto del 21 dic. 1832, nella causa di *Ferdinando del Buono*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Tale è p. e. quando i sei giudici della pubblica discussione han messo in esperimento in carcere un testimone, come vacillante, o sospetto di mendacio, ed il presidente solo, o tre, o cinque de' giudici lo liberino nel corso della discussione. Arresto del 18 nov. 1833, *Michele Napolano*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Tale è qualunque altra decisione influente all' accusa, o alla difesa, ed

legge ne riserba sempre il giudizio al definitivo. Imperocchè molte di esse posson essere riparate, altre possono rimanere senza alcuna influenza sulla terminativa decisione, altre possono obbliarsi dalle parti per sentimento di aver ricevuto giustizia (1). La stessa

---

alla convizione de' giudici, quando ella vien pronunziata nel corso del dibattimento da tre o cinque giudici. Arresto del 26 genn. 1838, nella causa di *Pasquale Vuolo-Mappa*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Eug. Rafaelli avv. — Quando però si tratta di provvedimenti personali, relativi a rei o a' testimoni, o a qualunque altro oggetto della causa, provvedimenti che non influiscono sulla convizione, niuna legge vieta deciderne con tre o cinque giudici, ad onta che sia cominciato il dibattimanto, e sospeso per qualche impedimento. Questo fu il caso dell'arresto per *Demitri*, le di cui parole son le seguenti:

» Considerando che per la malattia di un giudice, la » gran-corte non poteva legalmente comporsi; che intanto i » testimoni chiamati dimoravano inutilmente a carico del real » tesoro; e che quindi era necessario un provvedimento: »

» Che di qui il presidente, due giudici, ed il pubblico ministero nel riconoscere la impossibilità di proseguire » la pubb. discussione, ordinarono di licenziarsi i testimoni: »

» Considerando che tale decisione in nulla appartiene al » merito del giudizio, nè offende i principii che regolano le deliberazioni che si prendono in dibattimento; che anzi il prov» vedimento economico che contiene, poteva essere preso dal » solo presidente, di accordo col pubblico ministero: »

» Che gli arresti della corte suprema che si citano in so» stegno del mezzo, riguardano casi ben diversi: »

» Che perciò inesistenti sono le dedotte violazioni degli » art. 217 e 272, delle ll. di pr. penale: »

» Rigetta *etc.*

(1) E questa è la ragione per cui il dritto a produrre la maggior parte delle nullità di forme si prescrive quando esse non sieno dedotte a tempo. Tutte le nullità della instruzione si prescrivono se non son dedotte nel termine de' cinque giorni. Le nullità delle interlocutorie pronunziate ne' termini si prescrivono quando non son dedotte o al momento

è la regola per il sospetto di parzialità de' giudici nel corso del giudizio. Confondere la *presa-a-parte* con la *ricusazione*, è fuori di ogni uso di legge. Ammettere l'azione civile per *quasi-delitto* prima del fatto che produca un danno, è fuori dell' indole e della natura dell'azione. Credere qual pruova certa di *dolo* la sola convizione o la mostra di convizione di chi accusa, è fuori d' ogni moderazione civile e d' ogni principio di logica.

46. Domando perciò che ai termini dell' art. 580 proc. civ. l'azione contro i giudici sia in questa causa, perchè insussistente, rigettata (1).

---

della loro pubblicazione, o tra le ventiquatt' ore dalla notificazione. Le nullità delle definitive si prescrivono se non son dedotte fra i tre giorni dalla notificazione. Le altre nullità si prescrivono tosto che si passa all' atto seguente senza protesta. Lo stesso oblio di pronunziare su d' una domanda legale, non apre adito ad annullamento, quando non è rilevato prima di passare agli altri atti. *Vigilantibus iura succurrunt.* Come dunque può essere motivo di *dolo* un' inavvertenza di rito, che obliata da tutti gl' interessati nemmeno apre adito a ricorso per annullamento? I giudizii son tutti di buona fede. Chi si sente leso, conviene che il dica, e che si protesti, affinchè se la nullità sia riparabile, possa ciò farsi a tempo.

(1) Così venne deciso, con condanna alla multa di ducati settanta contro la ricorrente.

XI.

I, *Quelli che posson essere motivi di* presa-a-parte, *non sono sempre motivi di annullamento.* — II, *Causa di scienza.* — III, *Valore degli esperimenti di fatto.* — IV, *Eccezione della cosa giudicata.* — V, *Forza dell'art.* 293 *pr. pen.* — VI, *Formola da impiegarsi nel caso del ritorno dalla competenza speciale all'ordinaria.*

Sommario

I. Stato della quistione, e condanna dell'accusato. — Ricorso, § 1, 2, 3.

II. *Primo motivo di annullamento.* — Concussione contro i testimoni. — Storia delle dichiarazioni d'una testimone, § 4 e segg.

III. Della causa di scienza de' testimoni, onde valutarne la fede, § 7. — Esperimenti di fatto relativi a questa causa di scienza, § 10 ed 11. — Disperazione e morte della testimone lungamente trattenuta in carcere, § 12. — Non è questo un motivo che possa far rescindere il giudicato, § 13, 14 e 15.

IV. *Secondo motivo.* — Se possa far rescindere il giudicato la convizione contraria al risultato d'un esperimento di fatto, § 16.

V. *Terzo motivo.* — Se il possa la contraddizione ad un giudicato di libertà, che si trovasse pronunziato prima relativamente ad un complice, § 17.

VI. *Quarto motivo.* — Violazione dell'art. 293 pr. pen., § 18.

VII. *Quinto motivo.* — Violazione dell'art. 88 e 327 pr. pen., § 19, 20 e 21.

VIII. *Sesto motivo.* — Con qual *formola* debba enunciarsi il ritorno dalla competenza speciale all'ordinaria, § 22, 23 e 24.

IX. Conchiusione; § 25.

Signori (1), quattro malfattori in una notte invernale e nevosa, quale fu quella del 25 dicembre 1830, penetrarono nel tranquillo abituro di donna onesta e già d'anni matura, la quale sola vi dormiva con una giovine nipote. Le loro mani contaminatrici già eran sopra costei, quando la zia si destò, e visto il pericolo, spiegò gridando tutte le sue forze, perchè i rei uomini non incarnassero l'iniquo disegno. Ed essi irritatine, la trasser fuori di casa, e poco lunge, presso ad una fontana, la pugnalarono, sì ch'ella a stenti e grondante sangue, potette appena riguadagnare il suo albergo, ove morì dopo qualche giorno per le riportate ferite.

2. Le sue dichiarazioni sul letto di morte appariscono varie, ed ora più particolareggiate, ora più reticenti. L'assistettero parecchi confortatori, e non è senza verisimiglianza ciò che sostiene l'avvocato del ricorrente, averle costoro suggerito certi nomi, onde farla istromento delle loro particolari vendette. Tra questi nomi si legge in una dichiarazione di lei quello di *Luigi de Vuono*, come d'uno de' principali aggressori.

3. *Luigi de Vuono* n'è stato condannato. Se non che la circostanza della unione armata che lo trasse ad un giudizio di competenza speciale, non è stata certificata nella pubblica discussione. Quindi gli si è aperto l'adito al ricorso presso la corte suprema (2). I motivi son molti. Il *primo* è relativo agli eccessi di potere per le violenze e concussioni onde si dice estorta la dichiarazione scritta della testimone *Caterina Casalnuovo*, che più lo aggravava di tanto misfatto,

(1) Conclusioni nella causa di *Luigi de Vuono*; 21 agosto 1840, de Luca comm., Nicolini m. p., Raffaele Conforti avv. del ricorrente.

(2) Art. 433 e 434 pr. pen.

4. Dolente è la storia delle dichiarazioni varie, e del fine miserevole di questa donzella. Pochi giorni dopo l' uccisione di quella infelice, ne'primi dì di gennaio 1831, ella ed i suoi, perchè abitatori di una casa attigua a quella del truce avvenimento; vennero assegnati innanzi al giudice regio, onde dichiararvi cosa mai ne sapessero. Il padre nell' atto della chiamata era assente. E *Caterina* e la madre e il fratello dissero uniformemente, che dormivano chiusi nella loro casa, e nulla videro, nè udirono. Tutti vennero carcerati, come renitenti a dire il vero.

5. Questo primo passo non era giustificato dalla legge. La nostra procedura penale non darebbe agli ufiziali di polizia giudiziaria facoltà alcuna di arrestare i testimoni, se non fosse il real rescritto del 30 ottobre 1819, il quale, *considerando che gli ufiziali di polizia giudiziaria, per conseguire l' effetto delle loro cure, debbono essere necessariamente forniti di mezzi proprii ad allontanare gli ostacoli che si oppongono allo scovrimento del vero*, diede facoltà a costoro, *di arrestare i testimoni renitenti a deporre la verità, che risulta d' essere a loro notizia.* Or da niuna dichiarazion precedente risultava allora d' essere a notizia della *Caterina*, nè della madre, nè del fratello alcuna circostanza dell' avvenimento. Niuna legge dunque autorizzava l' instruttore a tormentarli col carcere.

6. Giovinetta in quel tempo costei di 16 a 17 anni, stretta con tanta durezza, apparisce aver detto finalmente, che in quella notte funesta destato il padre al calpestio che si udia sulla strada, le aveva ingiunto di alzarsi di letto, *ed andare a vedere dal buco della chiave*, e ch' ella andò, e vide e conobbe quattro persone, fra le quali *Luigi de Vuono*, e distinse a parte a parte le fattezze di tutti e quattro, e le

voci criminose, e le operazioni sì a dritta ed a manca della porta, dietro la quale ella stava spiando, e sì di rimpetto sino alla fontana, e la fuga de' rei, ed il ritorno della già ferita su per la gradinata ch' era rasente al muro. La madre ed il fratello continuarono anche dopo la carcerazione a sostenere di nulla aver conosciuto in quella notte, e nemmeno di aver udito quel comando paterno; avere però nel dì seguente la figlia e sorella *Caterina* raccontato ad essi ciò ch' ella, dietro un tal comando, avea veduto ed udito. Scritto ciò, vennero tutti messi in libertà.

7. La *causa di scienza* di questa dichiarazione della *Caterina*, o sia la ragione per cui ella si mosse, ed il mezzo pel quale ella vide, era il cenno paterno, e l' inspezione oculare dal buco della chiave. Ben rammentiamo il canone del nostro antico dritto, attestato dal MATTEI, *neque in civilibus, neque in criminalibus causis plenam fidem testes mereri, qui causam scientiae non adiecerunt, ut explanent quomodo sciant* (1). Ciò è insegnato dalla logica, tanto allor che ragiona del metodo d' investigazione, quanto allor che dà le regole ond' estimare con sicurezza i fatti disvelati da altri, e giudicarne; ed il precetto, conservatone uniformemente da tutti gli autori, cominciando da ARISTOTILE fino a GENOVESI e GALLUPPI, è passato in legge nella nostra *procedura*, ch' è la logica pratica ne' giudizii penali. Ivi è detto all' art. 88: *per ogni fatto che il testimone depone,* DEBBE *esprimere la causa di scienza, o sia il modo come ne ha notizia.* La parola *debbe* esprime *necessità di dritto* (2). Di questo modo onde la

(1) *De criminibus*, ad lib. XLVIII dig., tit. 15, c. 4, n. 13 et 14. — V. la nostra *Pr. pen.* II, § 658.

(2) L. 108, *de verb. sign.* — La parola *debbe* indica nelle leggi lo stretto dritto, che assolutamente non può pre-

Caterina vide ed udì, l'unico testimone, anzi il principio motore, non che il consapevole, sarebbe stato il padre. Costui però non fu udito allora perchè assente; nè l' instruttore si risovvenne di lui al suo ritorno, nè più mai in tutto il corso del procedimento (1).

8. Dopo più anni venne sottoposto a giudizio uno de' quattro nominati da costei. Ma ella in pubblica discussione negò aver veduto ed udito, anzi sostenne che non avrebbe potuto mai dall' interno forame vedere tutte quelle azioni esterne, nè a' canti a dritta e sinistra lungo il muro ov' era la gradinata vicina, nè sulla strada sino alla fontana; ma che se appariva essersi ciò detto da lei, le fu dettato contro ogni possibilità di vero, ed ella vi assentì perchè fanciulla ed atterrita dal carcere. Sostenne non pertanto altra lunghissima prigionia, e protestò sempre *non volere perder l' anima dichiarando il falso.*

9. Perchè gravi da sè erano le ragioni da lei presentate intorno alla impossibilità di veder per quel mezzo e di notte, la gran-corte credette necessario disvestire ogni dubbio con un esperimento di fatto. L'impossibilità di vedere divenne per tal modo un' evidenza. Ella perciò fu liberata dal carcere; e l' accusato ottenne la sua libertà provvisoria, la quale dopo due anni fu convertita in assoluzione definitiva.

---

terirsi, o almeno *quod nisi inhoneste omitti non potest.* Grot. *de iur. belli et pacis*, lib. 2, c. 7, § 4. — All' incontro la parola *può*, non porta necessità, ma rimette il fare o non fare alla estimazione del giudice. L. 8 *et* 9, D. I, 18, *de off. praesidis.* — Talvolta anche il *debet* è in senso di *potest*, ma questa significazione impropria dee risultare da tutto il contesto della legge.

(1) Sarebbe anche stato un testimone *contesto.* Quindi maggiore la necessità di citarlo ed udirlo. Art. 93 congiunto al 199 pr. pen.

10. Scorsero altri anni dopo questo primo giudizio, e nel 1839 *Luigi de Vuono* venne anch' egli arrestato. Quella fanciulla poco più che trilustre, era già maggiore di età, ed in questa nuova pubblica discussione sostenne con più fermezza la sua ritrattazione, perchè appunto da un giudizio d'impossibilità di vedere, dimostrata da un solenne esperimento di fatto, ella traea maggior forza. Ciò non ostante venne di nuovo gettata nel carcere; severità che, per dir poco, non era più del caso, e che nonpertanto non seppe piegare la costanza di lei. Allora la gran-corte, non contenta a quel primo esperimento, ne ordinò un altro nell' interesse di *Vuono*.

11. Se non che dopo circa dieci anni quella porta e quella chiave non erano più nello stato medesimo. L'esperimento dunque venne eseguito in circostanze diverse, e per colmo d'indifferenza per la simiglianza di esse, venne eseguito di giorno, e non di notte nevosa, rischiarata di quando in quando dalla luna, come era stata l'ora del commesso reato. All' incontro troppo natural cosa era che dal forame interno della chiave d' una porta non potessero scorgersi le gradinate, e le operazioni esterne lungo i muri laterali, tanto più che non si scorgea da quel buco la strada di rimpetto sino alla fontana. Solamente facendo piegar tanto chi alla piena luce era al di fuori, quanto presentasse la faccia alla direzione della chiave, egli fu riconosciuto da chi teneva l'occhio al di dentro: cosa certamente che di giorno non abbisognava di esperimento. Ma quando l'uomo esteriore si allontanava verso i canti, o verso la campagna, non era più visibile al di dentro. L'esperimento dunque dimostrava evidentemente fallace quella causa di scienza, la quale al vedere della *Casalnuovo* era stata data: ella per tal mezzo non poteva assolutamente discernere tutto quello che si era notato aver ella distinto.

12. Con tutto ciò la misera fu ritenuta in prigione, quasi che avesse ritrattata una dichiarazione spontanea e verace. Correva il trentesimosettimo giorno di sì crudo esperimento, quando ella in una mattina fu rinvenuta nella sua cameretta di dolore, spettacolo miserando! immersa nel suo sangue. Disperata si avea conficcato un ferro nella gola. Così ella morì in carcere assai prima che terminasse il giudizio. Questo, o Signori, è il progredimento del fatto, che dal ricorrente si è dedotto con tanta forza; fatto grave certamente, fatto compassionevole; ma può per esso rescindersi forse la decisione che il condanna?

13. Io ben credo ch' esperimenti sì duri sopra i testimoni non debbano ecceder mai i limiti di una detenzione di polizia, nè rivolgersi in tortura od in pena (1). E perciò penso che particolarmente nella pubblica discussione non se ne debba far uso, che con somma riserba, e per tempo brevissimo. Imperocchè la pubblica discussione, sì per la convizione che deve ingenerare ne' giudici, e sì per l' ansietà pubblica che produce, debb' essere di sua natura rapidissima; e spezzarla per settimane e per mesi, fino a tanto che l' orrore e il tedio del carcere, maestro assai strano di verità e di fede, vinca l' altrui costanza, fa perdere ne' giudici tutta l' unità del concetto della causa, e vi aggiunge lo scandalo dell'insofferenza loro, o della incapacità di saper far uso della tortura lo-

(1) V. la nostra *Pr. pen.* II, § 682 e segg. — Mentre queste pagine sono sotto il torchio, ci perviene l' eloquente e dotto discorso del mio amico, sostituto proc. generale del Re presso la gran-corte criminale di Napoli, Domenico Tartaglia, discorso pronuziato al riaprimento dell'anno giudiziario 1841, ov' egli tratta anche dell' abuso di protrarre troppo a lungo la carcerazione de' testimoni, e lo biasima con forti parole che onorano altamente e la sua mente e il suo cuore.

gica delle confrontazioni e del dialogo. Anche nella vita domestica gli uomini intesi a discuoprire qualche segreto, tanto più facilmente trascorrono alle minacce e al bastone, quanto men lucido han l'intelletto, e più son superbi e corrivi; ragione che fra i popoli semi-barbari fece ne'giudizii, qual mezzo d'investigazione, prevaler la tortura. All'incontro cosa è mai una instruzione scritta? Un complesso di dichiarazioni altrui, attestateci da un solo, il quale è l'instuttore. Ma costui per lo più ode uomini analfabeti, e traduce, non sempre bene, nella lingua universale d'Italia il dialetto grossolano d'un villaggio; costui per lo più cerca registrar con ordine e precisione ciò che fu confusamente espresso, e forse mal veduto; costui per lo più, quando si accosta ad esaminare un testimone, è già prevenuto dalle querele degli offesi, o dalle insistenze di altri, come è avvenuto nella causa presente; nè di raro è animato dal desiderio di mostrarsi acuto e felice inquisitore, sì che può trovarsi nel caso di chi *affectus proprios in fabellas transtulit* (1). Credere ciecamente al processo scritto, è lo stesso che non conoscere le cause le più comuni che possono, anche senza mal fine, alterare un racconto, e confondere col certo del fatto il giudizio di chi lo rapporta; è lo stesso che ignorare ogni critica dell'istoria; è lo stesso che convincersi non *ex animi sui sententia*, ma con la conscienza degli altri (2). Gravissime son le ragioni d'ordine pubblico che han

(1) Phedr. III, *in prol.*—Queste idee son tratte dal Manzoni, *Promessi sposi*, c. 27.—V. la nostra *Pr. pen.* III, 739.

(2) Tacito al principio delle sue *Storie* riferisce tutte queste ragioni di diffidenza, dicendo che per esse è *veritas pluribus modis infracta*; — *ambitionem scriptoris facile adverseris*: — *obtrectatio et livor pronis auribus accipiuntur*, etc. etc.

mosso il nostro sapientissimo legislatore a restaurar fra noi la pubblica discussione delle pruove; ma se allor che giudichiamo della vita e di quanto han di più caro i sudditi del Re S. N., non vogliam giudicarne con la testimonianza di udita di un solo, qual sarebbe l'instruttore, è di assoluta necessità che il giudice guardi con diffidenza il processo scritto, che riesamini *ex integro* i testimoni tutti in contraddizione delle parti, e che a costoro dia tutta l'abilità di dir le cose nel modo che le sentono, e con le parole che usano. Solamente quando apertamente mentiscano, allora col dialogo e colle confrontazioni, e da ultimo con temperato e breve castigo (*modica coercitione* (1) e non più) può ricondurli al vero (2).

14. Chese allora il testimone è convinto di falso e di subornazione, la legge dà i modi onde punirlo. E se ciò ch'ei disse nel processo scritto è più verisimile di ciò che asserisce in pubblica discussione, la legge dà la facoltà a' giudici di convincersi di quello, piuttosto che di questo. Ma volere a forza di minacce e di lunghi tormenti, che il testimone deponga in discussione pubblica uniformemente alla dichiarazione scritta, è contrario alla umanità ed alla legge, e falsifica il fine della pubblica discussione (3). Quando il testimone, ad onta

---

(1) *Modica castigatio magistratibus non est deneganda.* L. 12, D. II, 1, *de iurisdict.* — *Iurisdictio sine modica coercitione nulla est.* L. 5, D. I, 21, *de off. eius cui mandata est iurisdictio.*

(2) V. il nostro discorso, *Della discussione pubblica*, Vol. 3 di queste quistioni, n. I.

(3) Non fia vano il trascrivere qui una savissima ed umana circolare testè pubblicata sull'oggetto:

» Napoli 27 febbraio 1841. — Signori. — Sulla domanda se i funzionarii di polizia giudiziaria possano arrestare per esperimento i testimoni che ricusino esporre i fatti

*

di un esperimento di qualche, giorno è pertinace nel falso, perchè allora non far uso delle facoltà concedute con tanta saviezza dagli art. 264, 265 e 266 pr.

---

de' quali han conoscenza, si emise il rescritto sovrano de' 30 ottobre 1819 così concepito. — « Considerando Sua Maestà che » quei funzionarii per conseguir l'oggetto delle loro cure deb- » bono essere necessariamente forniti de' mezzi proprii ad al- » lontanare gli ostacoli che si oppongono allo scovrimento » del vero, ha ordinato che essi possano impiegare la mi- » sura indicata contro i testimoni renitenti a deporre la ve- » rità che risulta di essere a loro notizia. »

» Questa misura permessa, qual mezzo *necessario* allo scovrimento del vero, viene circoscritto al caso di testimoni *renitenti a deporre la verità che risulta di essere a loro notizia*. Indiscretamente vi si darebbe luogo, quando ne mancasse il bisogno, nè ragione si avesse di ammettere nel testimone la notizia della verità, e la renitenza a deporre. »

» A non deviare adunque dalle regole che servir debbono di guida all' esercizio dal potere dal sovrano rescritto conferito, è necessità di assicurarsi con tutta ponderazione, che i cennati estremi concorrano ad usar con prudente moderazione dell' indicata misura, affinchè non degeneri in una tortura avversa all' umanità ed alla legge, e che potrebbe agevolmente spingere a false dichiarazioni, invece di menare al vero. »

» La facilità di andare per disaccortezza, ed anche per zelo male inteso, ad abuso contro la sicurezza individuale, esige che l' arresto de' testimoni per esperimento pongasi tra gli oggetti di vigilanza confidata alle signorie loro. Disporranno all' effetto che in ogni settimana gli ufiziali di polizia giudiziaria, in caso di arresto di testimoni, ne facciano rapporto, e che in esso precisino, »

» 1, Le persone arrestate, la loro età e condizione;

» 2, L' epoca dell' arresto;

» 3, I motivi pe' quali si è creduto applicabile il sovrano rescritto;

» 4, La durata dell' arresto sofferto dal testimone, quando è posto in libertà.

» In seguito delle notizie su questi oggetti, e delle altre che potranno dalle signorie loro chiedersi, cureranno elleno

penale? La uniformità ottenuta dopo lunga carcerazione può sembrare un effetto di esorbitanza: la pertinacia di un testimone fino all'ultimo, ad onta degli sforzi e delle ire de' magistrati, può compromettere la di loro dignità: il che era da guardarsi particolarmente nella donna di cui ragioniamo, la quale non ha fatto in se travedere alla gran-corte alcun indizio di subornazione. All'incontro s'ella fosse apparsa convinta di mendacio, il giudizio di falso avrebbe rassicurato le conscienze, e fatto omaggio alla legge.

15. Ma ripeto, che l'aver agito contravvenendo a questi principii in operazioni del tutto facoltative, quali son quelle alle quali autorizza i giudici il real rescritto del 1819 (§ 5), non può dirsi contravvenzione manifesta al testo espresso d'una legge (1), tanto più che non vi si oppose alcuna eccezione o

---

di dare sulla sorte de' testimoni in arresto le disposizioni convenevoli all'interesse della giustizia, ed a quello della sicurezza individuale. Allorchè poi l'ufiziale di polizia giudiziaria avrà fatto l'invio della instruzione, elleno e le gran-corti vedranno con quanto senno siasi proceduto all'arresto de' testimoni; ed ove si trovasse censurabile la condotta dell'ufiziala di polizia giudiziaria, non lasceranno di far loro avvertimenti. »

» Nell' inviare a me lo stato mensile de' movimenti de' detenuti, mi faranno elleno giungere rapporto ch' esprime i risultamenti della vigilanza, che all' oggetto dalle signorie loro è abitualmente esercitata, non che le disposizioni emesse. Nel rapporto di ciascun mese si terrà particolar conto degli arrestati nel mese anteriore, quante volte se ne avessero. »

» Avranno Elleno intanto la cura di far nota questa mia agli ufiziali di polizia giudiziaria, e di palesarmene l'adempimento. — *Il ministro segretario di stato di grazia e giustizia*, Niccola Parisio. »

» Ai signori proccuratori generali del Re presso le gran-corti criminali di questa e dell'altra parte del regno. »

(1) *Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem, rescriptione*, potes, *non imponi necessitatem proconsuli, sed eum aestimare debere, an debeat*. L. 8, D. I, 18 *de officio praesidis*. — V. la nota 2 alla pag. 254.

protesta. È vero che l'art. 569 proc. civile, oltre alla *denegata giustizia* ed al *dolo* ed alla *frode* (1), annovera tra i motivi di *presa-a-parte* anche la *concussione*, o sia le minacce, l'escandescenze, o i mezzi di terrore verso i rei e verso i testimoni (2): ma questi fatti quando non degenerino in reati, e mostrino solamente l'inosservanza delle regole per negligenza o disattenzione o indifferenza per l'umanità, o anche per zelo trasmodato, nemmeno costituiscon sempre quella *colpa*, la quale è il primo e più tenue grado del *dolo*, e che dà luogo a sola *azion civile*. Or nè questi, nè que' motivi che possono sostenere la sospezione de' giudici, è lecito confondere co' motivi per annullamento (3). Son giudizii diversi, e per ragioni e con forme diverse. L'accusato che crede esser forte del suo dritto in far valere i motivi di *presa-a-parte* nella sede che all'azion civile conviene, non può rivolgerli in motivi per i quali la decisione dee poscia rescindersi. Questi sono espressamente indicati dalla legge; nè in un giudizio così straordinario, come di sua natura è quello dell' annullamento, possono pren-

---

(1) Casi de' quali abbiam ragionato ne' tre nn. precedenti, VIII, IX, X.

(2) *Concutere*, in italiano *concussare*, è commuovere, sbattere, far tremare. *Concussus paries*, l. 18, § 11, D. XXXIX, 2, *de damno infecto*. — *Concutere homines*, è atterrire con atti violenti di autorità, l, 6, § 3, D. I, 18, *de officio presidis*, l. 4, C. IX, 27, *ad legem iuliam de repetundis*. — *Observandum est ius reddenti..... neque excandescere adversus eos quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrymari: id enim non est constantis et recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit*, L. 19, D. I, 18, *de off. praesidis*. — V. la nostra *Pr. pen.* III, § 256 e segg.

(3) V. i §§. 5, 6 e 7 del n. IX di questo vol., ed i §§ 3 e 12 del n. X.

dersi in prestito da altro giudizio i motivi efficaci. Questa serie dunque de' fatti relativi a *Caterina Casalnuovo* può esser discussa come motivo di censura per via di disapprovazione, non di annullamento.

16. *Secondo motivo.* — Similmente non mi sembra violazione di legge espressa l'esperimento di fatto, eseguito piuttosto di giorno, che di notte, particolarmente ove si rifletta, che la gran-corte ritiene aver l' esperimento corrisposto in tutto alla posizione dell' accusato e della testimone (1). Solo non avrei voluto, ch' ella si fosse servita delle parole: *l' esperimento di fatto non ha potuto avere de' risultati utili per la giustizia*: espressioni, per non dir altro, poco misurate; quasi che l' utile della giustizia non fosse lo scoprimento del vero, ma unicamente il trovar modo onde rigettare del tutto l' eccezioni dell' accusato.

17. *Terzo motivo.* — Molto meno parmi sussistente l'eccezione del giudicato precedente per l' altro complice (§ 9); giudicato, che mancante dell' identità della persona, non può favorir la causa di un altro reo in forza del art. 1305 delle ll. cc. (2). — Restringo dunque le mie osservazioni alla sola motivazione della decisione di condanna.

18. *Quarto motivo.* — Nella motivazione di tal decisione è ritenuta come verace per intero la dichiarazione scritta della *Casalnuovo*, *la quale* (così quivi è detto) *sebbene siasi ritrattata in pubblica discussione*, *e l' esperimento di fatto eseguito per ordine della gran-corte non ha potuto avere de' risultati utili per la giustizia*, *pure i suoi detti vengono confermati dalla di lei madre Maria*

(1) Ne' nn. seguenti tratteremo ampiamente degli esperimenti di fatto.

(2) E di ciò tratteremo anche appresso.

Vuono, *e dal germano Casalnuovo*, *cui essa lo manifestò*, *e che lo hanno sostenuto in pubblica discussione con legale atto di contraddizione.* Ma *Maria Vuono*, perchè inferma, non venne mai in pubblica discussione; la sua dichiarazione vi fu letta, ed ella non entrò mai con la figlia nel legale atto di contraddizione di cui parla la gran-corte. Dunque nella decisione è espresso un fatto, che non solo non risulta dalla pubblica discussione, ma è contrario a quello che fu ivi esaminato; che anzi stando lunge costei, non poteva esaminarvisi. La violazione della seconda parte dell'art. 293 pr. pen. è manifesta (1).

19. *Quinto motivo.*—Ma ammessa la impossibilità di vedere, risultata dall' esperimento di fatto, diveniva falsa la dichiarazione scritta, e verace la ritrattazione suggellata col sangue di *Caterina Casalnuovo.* La scritta diceva aver ella veduto per un mezzo per lo quale era fisicamente impossibile, ch' ella potesse vedere tutto ciò che avea detto aver veduto. Sarem-

(1) Così è avvenuto in molte altre cause.—Un fatto importante, anche in causa d' omicidio, era deposto dall' unica testimone *Carolina Allocca.* L' accusato repulsò costei come sedotta, e come dichiarante un fatto inverosimile. E la g. c. credette vero il suo detto, perchè (come qui per la *Casalnuovo*) il fatto ch' ella diceva aver veduto, era stato da lei immediatamente riferito, in tutte le sue circostanze, ad altre due donne. Ma nè l' *Allocca* avea deposto di aver palesato tutto ciò ad entrambe, nè entrambe lo dicevano ugualmente; bensì una di esse riferiva la confidenza di tutto, fattale da lei separatamente dall'altra; e quest'altra di accordo con *Allocca*, riferiva solo di aver saputo da lei, non tutto il fatto veduto, ma una sola e meno importante circostanza del fatto. Per violazione dunque dell' art 293 la decisione venne annullata. Arresto 8 marzo 1841 nella causa di *Giacomo Rouge*, Montone comm., Nicolini m. p., Gius. Marini-Serra avv. del ricorrente.—Ne' nn. segg. riporteremo altre conchiusioni ove sono sciolte le più importanti quistioni relative all'art. 293.

mo dunque in uno de' casi, per i quali le sentenze senza appellazione per dritto romano si rescindevano; quando cioè un fatto è in contraddizione con la natura stessa delle cose, riconosciuta dal giudice del merito (1). *Non potest idem simul esse et non esse*, è il principio su cui è fondato l'art. 327 della nostra pr. penale; e questa è la norma unica che in questi casi noi dobiamo seguire.

20. Ma la gran-corte viene ad ovviare la forza di sì fatto ragionamento con le seguenti parole: *se l'esperimento di fatto par che smentisca i detti della Casalnuovo, convien riflettere che ella lo dichiarò al giudice, e lo disse al germano ed alla madre. La sostanza dunque del fatto bisogna ritenerla per vera, e quindi è uopo convenire ancora, che dessa abbia indicato un altro mezzo di conoscenza, e non quello per lo quale conobbe in realtà gli aggressori.* La gran-corte dunque dichiara falsa l'indicazione che costei diede della sna causa di scienza. Ma l'esperimento, dalla gran-corte stessa riputato verace ne' suoi risultati, non dà alcun altro modo di vedere dall'interno di quella casa, così chiusa com'era, e di notte, fuor che pel buco della chiave. Non finestretta, non fenditura, non altro breve pertugio fu mai rinvenuto in quei muri, tanto nel primo esperimento in cui la casa era nello stesso stato del 1830, quanto nel secondo in cui lo stato della casa si trovò alquanto cangiato: essa non ricevea lume che dalla porta d' ingresso. E perchè mai il fratello, quando fu messo in contraddizione con la sorella, non venne interrogato se ciò ch' ella fece scrivere nella instruzione, e che a lui confidò, poteva essere veduto altrimenti, che

(1) Toto tit. D. XLIX, 8, *quae sententiae sine appellatione rescindantur.*

nel modo e col mezzo per cui ella disse di aver veduto? Allora sì, che si sarebbe conosciuto, se ella si ritrattava per fortezza di virtù e delicatezza di conscienza, oppure se il fratello la contraddiceva per timore di esser tratto in carcere, ond'esserle compagno nel suo crudo destino.

21. Certo è, che se il testimone, per l'art. 88 *debbe* indicar la causa di scienza (§ 7), il giudice che non può per conoscenza di fisica impossibilità, o non vuole per considerazioni morali prestare assenso alla causa ch'egli rivela, debbe surrogarvi la certezza o la possibilità d'un'altra. Perciocchè, dimostrata falsa la dichiarazione, e dimostrata tale appunto per la impossibilità dell'efficacia della causa di scienza allegata dal testimone, il giudice che ammette questa impossibilità, se non può surrogarvi altra causa di scienza, non può certo dir vera la dichiarazione (1). Rammentiamo de' casi, ne' quali il pudore d'una fanciulla ha fatto dare alla sua testimonianza una causa di scienza non vera. Ne rammentiamo altri ne' quali la falsa causa è

(1) Il risultato degli esperimenti di fatto non è sempre così decisivo, che impedisca al giudice di ragionare e convincersi contro di esso. Ciò è dimostrato nelle conclusioni seguenti, in piè d'una delle quali riferiremo una disposizione ministeriale al proposito. Ma egli dee surrogarvi altro modo. In altri arresti della corte suprema si è stabilito che, perchè una gran corte si convinca legittimamente contro il risultato d'un esperimento di fatto, dee contrapporvi altri fatti, o almeno altre possibilità, e ragionarvi. Altrimenti la convizione rimarrebbe arbitraria capricciosa contraria in tutto al fatto ritenuto. Arresto del 7 settembre 1835, nella causa di *Francesco di Gregorio*, De Luca comm., Nicolini m. p. — Così solo s'intende, che la pertinenza e credibilità degli esperimenti di fatto è rimessa alla conscienza del giudice. Arresto del 20 gennaio 1837, nella causa di *Leonardo Acampora*, Montone comm., Nicolini m. p.

Digitized by Google

stata deposta da alcuno per non isvelarsi complice o colpevole d'altro reato. Rammentiamo pure che talvolta convinto alcuno di aver veduto, non ha potuto negarlo, ed intanto per preparare al reo una difesa ha detto di aver veduto da un punto ov'era impossibile il vedere. Allora il giudice scoperta la falsa causa di scienza, e la ragione per cui era stata allegata, è ricorso ad altra, sostenuta dalla verisimiglianza del fatto, e ha ritenuta come verace la sostanza della dichiarazione. Imperocchè quella grave parola, *debbe*, dell'art. 88, induce necessità di dritto, e questa necessità si riproduce nella decisione, tosto che dell'importanza dell'adempimento dell'art. 88 vi si fa quistione. Non è necessario certamente che nella motivazione della decisione definitiva si parli della causa di scienza di ogni testimone: sarebbe risibile, quando ciò non è messo in controversia. Ma tosto che se n'è fatto un dubbio, e così solennemente come in questo giudizio, tosto che la gran-corte ha creduto il dubbio sì ragionevole che ha voluto rischiararlo *per evidentiam facti*, tosto che appunto per evidenza di fatto il dubbio è stato risoluto in modo, che quella causa di scienza, espressa come unica anche dal germano e dalla madre, è stata dichiarata impossibile, rimaneva alla gran-corte assolutamente il dovere di sostituirvi o la certezza, o almeno la possibilità d'un'altra causa, taciuta maliziosamente dalla testimone. Parmi dunque violato il detto art. 88 pr. pen., trasfuso ne' doveri de' compilatori della decisione dall' art. 330 e dalla prima parte del detto art. 293 prescritto a pena di nullità (1).

---

(1) Le repulse contro i testimoni sono di tre specie; o sono di morale pubblica (vincolo di paternità, di fraternità, di matrimonio), o sono d'interesse personale e di tendenza a

22. Dopo questi due mezzi che mi sembrano efficacissimi a rescindere la impugnata decisione, parmi assai lieve l'osservazione che può derivare dalla formola con cui la gran-corte trasmuta la sua giurisdizione nella causa. Ella avea dichiarato nel giudizio di sottoposizione all'accusa la sua competenza con rito speciale, e stando alla dichiarazione scritta di *Caterina Casalnuovo* non potea fare altrimenti: costei parlava di quattro, tutti armati d'armi proprie. Purtuttavolta come nella causa precedente dell'altro complice si era riconosciuta la incredibilità di quella dichiarazione scritta, così non solo erano stati liberati dal carcere e la testimone ed il reo, ma si era dichiarata la causa di competenza ordinaria (§ 9). E nel giudizio contro de *Vuono* la g. c. pur dichiarò: *non sussistere nella presente causa i caratteri della competenza speciale*; parte della decisione passata in cosa giudicata.

23. Or nell'applicazione di sì fatti giudicati due formole indica la legge. La prima è nell'art. 92 della

---

favorire (vincoli più larghi di cognazione o affinità, morale del testimonio, amore o odio per una delle parti), o sono di *causa di scienza*, e queste sono le repulse per via di esperimento di fatto. Quando adunque si repulsa un testimone per la sua *causa di scienza*, allora questa è *messa in controversia*, e in conseguenza non può il giudice fare a meno di ragionarne. Quando non vi è questa repulsa, *non è più messo in controversia* che l'organo della vista e dell'udito nel testimone sia tale, che ben poteva udire o vedere, e che il mezzo onde udì o vide, sia tale, che con quegli organi ed in quella distanza potea ricevere la sensazione ch'ei dice aver ricevuta. L'art. 293 è così concepito: I, *Il fatto del quale deriva la risoluzione delle quistioni, debbe essere espresso, a pena di nullità, nella decisione.* — II, *Anche a pena di nullità, alcun fatto non può esservi espresso che non sia stato esaminato in pubblica discussione*, MENOCHÈ NON SI TRATTI DI FATTI NON MESSI IN CONTROVERSIA.

legge organica, il quale nel caso che svanisca la competenza speciale, dice così: *La gran-corte speciale assumerà il carattere di gran-corte criminale, ed applicherà la corrispondente pena. A tal effetto farà ritirare dal suo consesso quelli tra i giudici, che l'erano stati aggiunti per formare il numero di otto votanti.* La procedura penale rivoca quest' ultima parte dell' art. 92 della legge organica, e con l' art. 433 dice come segue: *Nel caso che nella pubblica discussione svanisca la circostanza che avea dato luogo alla competenza speciale, sarà ciò non ostante decisa la causa da tutti gli otto giudici che hanno assistito alla pubblica discussione.* La gran-corte dunque dopo aver dichiarato ch' era svanita la circostanza che avea dato luogo alla competenza speciale, potea di fatto e senz' altra dichiarazione continuare fino alla pubblicazione della decisione, purchè lo avesse fatto col numero di otto giudici. Che se avesse voluto spiegar formola di esecuzione, o potea servirsi delle parole della legge organica, *assumendo carattere di gran-corte criminale*, ovvero servirsi delle parole dell'art. 433: e *perciò sarà decisa la causa da tutti gli otto giudici che hanno assistito alla pubblica dicussione.*

24. Con tutto ciò la corte suprema ha in alcune cause riputato poco convenevole il servirsi tuttora delle parole della legge organica, *assumendo il carattere*, ed ha richiesto che la formola dovesse essere soltanto quella che posteriormente è stata indicata dalla procedura penale: cosa che a me sembra degna di nuovo esame, perchè la giurisprudenza nasca delle cose e dalla mente del legislatore, non da vane parole (1). Ma poichè di parole si vuol disputare,

---

(1) Il principio di tutti gli arresti che si citano per la differenza tra legge organica, e la procedura penale, è che

non posso disconvenire, che tanto in faccia alla legge organica, quanto in faccia alla procedura penale, impropria è la formola di cui fa uso la gran-corte

---

per legge organica non era più la gran-corte speciale che decideva, perchè due giudici si ritiravano, e rimanea perciò la gran-corte ordinaria col numero de' sei soli giudici; mentre per la pr. penale continua la gran-corte speciale col numero di otto giudici; se non che non imprime alla decisone alcun carattere di eccezione, che la sottragga alla censura della corte suprema, bensì il carattere della competenza ordinaria. Il resto non è che giuoco di parole.—Ed ecco perchè in altre cause la corte suprema è rimasta posteriormente stretta a' principii. Trascriviamo l'arresto, che ha posto termine a tutte le varietà, pronunziato nella causa di *Geremia Tarquinii*, 6 dicembre 1840, Longobardi comm., Nicolini m. p., Carlo Poerio avv. del ricorrente. La gran-corte giudicatrice avea detto con la legge organica: *assumendo il carattere di corte ordinaria.* Si opponeva che avesse dovuto usar la formola della procedura. Ma la corte suprema pronunziò come segue:

» Atteso che esaminato da vicino il mezzo non ha per se alcun appoggio in fatto e in dritto. L'art. 92 della legge organica giudiziaria del 29 maggio 1817 prescriveva, che svanito in dibattimento il misfatto speciale, o la circostanza che aveva aperto adito al procedimento speciale, la *gran-corte assumeva il carattere di gran-corte criminale, ed applicava la corrispondente pena. A tal effetto faceva ritirare dal suo consesso quelli tra i giudici che l'erano stati aggiunti per formare il numero di otto votanti.* Questa disposizione lasciava un sol beneficio agli accusati, il ritorno cioè alla regola dalla eccezione del procedimento in cui si era. Perciò avverso decisioni siflatte competeva il ricorso in corte suprema (*art. 85 l. org. giudiziaria*). E poichè anche le leggi hanno il loro progresso, così pubblicatasi la IV parte del codice, cioè le leggi di procedura penale, gli art. 433 e 434 nella additata ipotesi, hanno concesso un doppio favore agli accusati, quello del numero de'votanti, facendolo rimanere ad otto, rivocando in questa parte il disposto dell'art. 92 l. organica, non men che quello del ricorso in corte suprema. »

« Ora per fatto sta che tutti gli otto giudici, svanita o per meglio dire non ammessa la circostanza speciale, decisero la causa; e di ciò fa chiara fede la decisione mede-

nella causa presente: *assumendo le funzioni di gran-corte criminale*. Imperocchè se la sola gran-corte speciale è composta di otto giudici, e se sono tuttavia quegli otto che giudicano, le *funzioni* sono tuttavia della gran-corte speciale. Se non che lo sono col *carattere* stesso d' una gran-corte criminale soggetta a ricorso per annullamento. Par lieve questa osservazione e di sole voci; ed io come tale l'avrei forse negletta. Ma chiedendo l' annullamento per altri due motivi, non ho voluto mancare al mio dovere anche in ciò, onde richiamare i giudici all' obbligo di non iscostarsi mai dalle parole solenni della legge. Par dunque degna di sola disapprovazione questa frase impropria, *assumendo le funzioni*, la quale non è nella legge organica, nè nella procedura (1).

---

sima, dalla quale non rilevasi punto di essersi ritirato alcun giudice, ma all' opposto la si vede sottoscritta da tutti gli otto votanti. L' articolo 433 ll. di procedura penale adunque si è appieno osservato. Nè il carattere di gran-corte criminale che la gran-corte speciale dice di aver assunto, cessata la specialità della causa, aggiugne forza al mezzo. Perciocchè resiste al fatto di essersi la gran-corte speciale constituita in gran-corte criminale come prescrive il suddetto art. 92 l. organica giudiziaria, se tutti gli otto giudici pronunziarono in causa. Quindi è la gran-corte speciale che ha renduto la decisione, e non la gran-corte criminale constituita da sei votanti (*art.* 80 *l. org.*). A tal che se non può dubitarsi che il primo beneficio verso gli accusati tratto dal numero de' votanti ebbe luogo, quell' assunzione di carattere di gran-corte criminale si trova negli stessi termini dell' art. 92 l. org. non rivocato nella parte che addita il secondo favore, cioè il ritorno alla regola, che ammette il ricorso in corte suprema, giacchè contro le decisioni della gran-corte speciale di ordinario non vi ha ricorso (*art.* 435 *ll. proc. pen.*)

« Rigetta il ricorso. »

(1) Quando la pubblica discussione ha potuto far determinare, che la circostanza dalla quale dipendeva la competenza

25. Per le quali ragioni, accogliendo i due mezzi di annullamento sopra discorsi, osservo, che questi porterebbero alla rescissione di tutti gli atti cominciando dal termine delle 24 ore. Ma quando tal termine, impartito già dalla gran-corte speciale, è qui tolto di mezzo, non può esser più la gran-corte speciale, la cui competenza è finita, che ne rinnovi l'ordinanza, ma la gran-corte ordinaria. E quando si procede col rito ordinario, si dee sempre dopo la sottoposizione all'accusa, cominciare dal termine de' cinque giorni. Svanita la competenza speciale, il giudizio di sottoposione all'accusa è stato in ciò riformato.—Domando dunque l'annullamento della decisione, col rinvio ad altra gran-corte, che debba procedervi col rito ordinario, cominciando dal termine de' cinque giorni, onde ubbidire al giudicato che riforma il giudizio di sottoposizione all'accusa, e statuisce la competenza ordinaria (1).

---

speciale sia svanita, allora questa dev' essere la prima quistione che dee proporsi. La competenza o variazione di competenza dee precedere ogni altra quistione. Arresto del 23 gennaio 1833, *Domenico Rotolo*, Celentano comm., Nicolini m. p. Arresto del 22 febbraio 1833, *Leone Melaccio*, Franchi comm., Nicolini m. p. — È dunque sempre utile che in caso di più misfatti attribuiti ad un reo, se un solo di essi porti a competenza speciale, si comincino prima le quistioni da questo, benchè posteriore di tempo, affinchè se mai si dichiari *non constare* un tal misfatto, o *non constarne* la circostanza che ha dato luogo al procedimento speciale, si proceda dagli otto col carattere di corte ordinaria. Arresto del 17 settembre 1834, *Cosmo Forgione*, Celentano comm., Nicolini m. p.

(1) Così è stato deciso. — L'accusato *de Vuono* è morto in seguito nelle prigioni; prima di aprirsi il nuovo giudizio.

XII A XX.

Della motivazione delle decisioni.

AVVERTENZE PRELIMINARI.

La maggior parte delle quistioni che abbiam trattate e che tratteremo in quest' opera, è relativa alla motivazione della risoluzione della quistione di fatto nelle decisioni. Ciò forma una delle differenze le più rimarchevoli tra la nostra giurisprudenza e quella di Francia, ove le decisioni penali non sono motivate in fatto. — V. il n. XXII del vol. 4, § 31 e segg.

2. Nel n. I del vol. 3 ne abbiamo stabiliti i principii regolatori: nel n. IV del vol. 2 ne abbiamo indicata la forma: in tutta l' opera ne abbiamo discorse quasi tutte le varietà nell' applicazione a' casi particolari. L'obbligo e la necessità della motivazione in generale, è prescritto dall' art. 219 della l. organica napolitana, e dall'art. 236 della siciliana. Il modo poi di eseguirla nelle cause, è disegnato dall'art. 293 pr. penale.

3. E perciò la mancanza assoluta di motivazione è nullità di ordine pubblico, perchè tale è ogni altra violazione della legge organica. All'incontro il motivare imperfettamente, come sarebbe, p. e. l'argomentare senza esprimere preliminarmente i particolari tutti del fatto che risolvono la quistione, o da' quali essa deriva, o ragionare in fatto con consideramenti sì oscuri, che non disegnino chiaro il concetto se non si ricorre al processo, sarebbe pur nullità, ma nullità di rito, perchè offende l'art. 293 pr. pen. Oltre a ciò la legge annovera fra i vizii non lievi d'una decisione il mal motivarla; il che propriamente avviene, quando nulla manca

di essenziale per la risoluzione delle quistioni, e solo vi è trascorsa qualche proposizione inesatta, inutile o illegale. Così è mal motivare quando si fa uso di frasi improprie, come abbiam rilevato ne'§§ 22, 23 e 24 del n. prec. Così pure è mal motivare quando trascorra nella decisione qualche ragione poco influente alla risoluzione della quistione, la quale non pertanto, per i principii che mette in campo, sia contraria alla legge. Allora per l'art. 124 della legge organica napolitana, e 122 della l. org. sic. si dee la corte suprema limitare a disapprovare i motivi (1).

---

(1) Questa distinzione tra nullità di *ordine pubblico*, nullità di *procedura*, e *cattiva motivazione*, è pur venuta in disamina nella causa *Cocola* e *del Monaco* trattata in corte suprema nel dì 1 di marzo 1841, MONTONE comm., NICOLINI m. p., MINERVINI avv. della parte-civile. Il proccurator generale presso la gran-corte criminale e la parte civile avevano attaccato di ricorso una decisione assolutoria, ed il mezzo unico del ricorso era fondato sulla motivazione. Ma si osservò,

» Che quella motivazione, qualunque essa sia, che precede la dispositiva di *non esservi luogo a procedimento penale*, fa conoscere evidentemnte che la risoluzione della quistione si è fatta in forza di pura estimazione di fatto, dicendovisi, che *non esistono affatto gli elementi constitutivi de' reati di falsità*, de' quali *Cocola* e *del Monaco* erano accusati:»

» Che manca però la esposizionne del fatto che avrebbe dovuto dar ragione di quella estimazione degli elementi de'quali si ragiona; mancanza tanto più censurabile, quanto più fa rimanere difettiva la motivazione, sì che per ben comprenderla convien ricorrere al processo: »

» Che questa censura si risolverebbe in annullamento per la prima parte dell'art. 293 pr. penale, benchè questo sia collocato sotto la rubrica delle decisioni definitive pronunziate dietro pubblica discussione: ma la giurisprudenza e la ragion della legge ne rende la prescrizione comune a tutte le decisioni definitive: »

Che perciò la nullità riguarda una forma di rito: imperocchè le dispositive assolutamente mancanti di motivazione

4. È dunque sommamente importante il conoscere quale sia il caso della nullità d' ordine pubblico per difetto assoluto di motivazione; quale il caso della nullità di rito per qualche mancanza che vi avvenga; e quale finalmente il caso, non della nullità, ma della disapprovazione. A ciò saranno rivolte le quistioni seguenti.

5. *Nullità d' ordine pubblico nella motivasione.* — Il non motivare affatto, o il motivare *idem per idem* è nullità assoluta. Cominceremo da questa nel n. XII.

6. *Nullità di procedura nelle sue forme essenziali.* — Pria di tutto è necessario il fissare i principii logici, da' quali dipende la convizione del fatto. Questi son ridotti a canoni legislativi dall' art. 392 pr. pen. Noi li tratteremo a'nn. XIII, XIV e XV.

---

sono viziate da nullità d' ordine pubblico preveduta dall' art. 219 della l. organica; le mal motivate, e le motivate moncamente non sono che nullità di rito, come quelle che risguardano la pienezza della motivazione. Or nella impugnata decisione non manca assolutamente la motivazione, ma ella è certamente monca ed inesatta. Se non che quello che vi è di motivazione mostra per fermo, non avere la gran-corte risoluto altro che una quistione di fatto: »

» Che stando così la cosa, gli art. 318 e 319 pr. pen. dichiarano non competere al ministero pubblico nè alla parte civile ricorso; essendo risoluzione di quistione di fatto la decisione assolutoria per deficienza di materia punibile: «

» Che questi art. 318 e 319, scritti anch' essi per le decisioni definitive dietro pubblica discussione, debbono esser la regola de' ricorsi del ministero pubblico anche per quelle le quali son pronunziate prima della pubblica discussione, specialmente quando la nullità dal ministero pubblico rilevata, sia trasportata dalle decisioni del primo genere, a quelle del secondo, com' è la nullità per motivazione difettiva: «

Per queste ragioni il ricorso del ministero pubblico fu dichiarato irricevibile.

*

7. Quindi per la retta motivazione del fatto debbonsi avvertire due prescrizioni legislative.— La prima è, che il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni debb' essere espresso nella decisione. È dunque inutile ogni altro fatto dal quale tal risoluzione non deriva. — La seconda è che alcun fatto non può esservi espresso, che non sia stato esaminato in pubblica discussione, meno che non si tratti di fatti non messi in controversia. Dunque i fatti non impugnati dalle parti, ed i fatti da' quali non dipende la risoluzione delle quistioni, non entrano in alcuna delle due prescrizioni, le quali sono sancite dall' art. 293.

8. Della prima di queste prescrizioni abbiam ragionato tutte le volte che si è trattato di motivare o il rigettamento o l' ammessione d'una eccezione, ovvero i caratteri legali del reato, come p. e. la motivazione della premeditazione o della scusa di un reato di sangue, del nesso tra il furto e l' omicidio nel caso dell' art. 418 ll. penali, della complicità, *etc. etc.* Queste son quistioni più di leggi penali, che di leggi di procedura, perchè de' caratteri del reato si vuole la motivazione.— V. i nn. III, XIV, XXIII, vol. 1; i nn. IV, X, XII, XXII, vol. 2; i nn. XXI, XXIII, XXV, XXVI, XXIX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXVI, XXXVII, vol. 3; i nn. VIII e XXII, vol. 4, ed il n. precedente, § 19 a 21 di questo vol. — A questi aggiungeremo i nn. XVI e XVII.

9. Della seconda prescrizione abbiam ragionato ne' nn. VII ed VIII del vol. 1; ne' nn. XI e XXIII del vol. 2; ne' nn. I, II, VIII, IX, X del 3; ne' nn. X e XVI del 4, ed in questo vol. nel n. precedente, § 18. — Vi aggiungeremo ora i nn. XVIII, XIX e XX.

10. *Disapprovazione.* — Ne abbiamo indicati i principii nella nostra *Procedura penale*, I, 477, e III, 1354. Dell'applicazione di essi abbiam ragionato nel n. XXXIII, § 1 a 4 del vol. 3, ed in molti altri luoghi dell'opera; e ne ragioneremo pure in questo vol. al n. XVIII.

Sommario

Conclusione prima (n. XII.) — *Quando l'errore della motivazione si risolva in nullità di ordine pubblico.* — Art. 219 l org.

I. Stato della quistione, § 1.

II. *Idem per idem* è lo stesso che non motivare affatto, § 2.

III. Tale è pure quando la motivazione è riposta in fatti sì contraddittorii, che si distruggano a vicenda § 3.

IV. Ovvero in fatti impossibili, *ivi.*

V. Conchiusione, § 4.

Conclusione seconda (n. XIII. — *Criterio morale nella risoluzione delle quistioni di fatto.* — Art. 392, 327, e 330 pr. pen.

Sez. I. *Stato della quistione.*

I. La causa presenta una quistione più filosofica, che forense, § 1.

II. Fatto da cui deriva la controversia di cui ci occupiamo, § 2, 3 e 4.

III. Posizioni a discolpa. — Due di esse non sono mentovate nella decisione, § 5 e 6. — Motivazione della risoluzione della quistione di fatto nella causa, *ivi.*

IV. Ragione per cui la nostra legge prescrive la motivazione della risoluzione della quistione di fatto, § 7 ed 8.

V. Esposizione delle due serie dei motivi per annullamento prodotti avverso la decisione, § 9.

Sez. II. *Prima serie di motivi per annullamento.* — *Comento degli art.* 292 *e* 327 *pr. pen.*

I. Testo di questi due art., § 10. — Qual è la contraddizione di cui parla l' art. 337, § 11.

II. Motivazione della dichiarazione di reità che si legge nella decisione impugnata, § 12.

III. Distinzione tra la legalità della pruova, ed il convincimento che ne deriva, § 13.

IV. In che consista il convincimento, § 14 e 15. — Distinzione ne'giudizii di fatto tra l'*arte critica* per trarre dalle pruove la certezza, ed il *criterio* della certezza acquistata, § 16.

V. L' arte critica in quanto alla preparazione del giudizio di fatto, è soggetta all'autorità della legge; in quanto al merito del fatto è abbandonata alla intelligenza ed alla conscienza del giudice, § 17.

VI. Criterio della certezza, § 18 e 19,

VII. Applicazione della teoria alla causa, § 20 e 21.

Sez. III. *Seconda serie de' motivi di annullamento.* — Art. 330 pr. pen.

I. Esposizione del motivo, § 22.

II. Risposta al motivo, remissiva a' nn. VIII, IX e X del vol. 3, *ivi*

III. Conchiusione, § 23.

Conclusione terza (n. XIV). — *Continuaziona del comento dell' art. 292. — Se ne' risultati d' un esperimento di fatto la convizione del giudice sia sì necessaria, che debbono quelli essere ritenuti da lui contro il proprio sentimento.*

I. Fasi della causa, § 1, 2, 3 e 4.

II. Fatti de' quali il giudice si è convinto, § 5 e 6.

III. Dichiarazione di un testimone, da cui sorse l occasione e la ragione d' un esperimento di fatto, § 7 ed 8.

IV. Convincimento della gran-corte diverso dal risultato dell' esperimento, § 9.

V. Questo convincimento è legale per l' art. 292, perchè non resiste ad alcuna fisica impossibilità, § 10.

VI. È legale, perchè fondato sopra ragioni convenienti alla natura della cosa, § 11 e 12.

VII. Conchiusione, § 13.

Conclusione quarta (n. XV). — *Appendice alle due conclusioni precedenti. — Convizione su' processi-verbali degli agenti de' dazi indiretti.*

Sez. I. *Stato della quistione.*

I. Dichiarazione di reità fatta dalla gran-corte, § 1.

II. Storia dell'omicidio di cui si è dichiarata la reità, e storia del processo-verbale di contrabbando dichiarato falso, § 2 a 10.

III. Partizione di questo lavoro, § 11.

Sez. II. *Prima parte. — Mezzi che riguardano l' omicidio dichiarato volontario contra il contenuto nel verbale.*

I. Competenza del giudizio dell' omicidio, e del giudizio del contrabbando. — Non dee confondersi il giudizio del contrabbando, ove il verbale sia vero, col giudizio della falsità, ove il verbale attesti un contrabbando falso, § 12 a 14.

II. Il giudizio del contrabbando dee sospendersi, quando pende il giudizio di un misfatto che vi è connesso, e molto più quando il verbale è attaccato di falso, § 15 a 19.

III. Come un verbale di agenti doganali si scuopra falso, per esservi stata fraudolentemente travolta la sostanza e le circostanze del fatto, onde immaginare un contrabbando, § 20.

Sez. III. *Seconda parte. — Mezzi che riguardano la falsità del verbale in se stesso.*

I. Termine a produrre la querela di falso, § 21 a 24.

II. Indole di questi giudizii di falsità, e conseguenze che ne derivano relative all' art. 292 pr. pen., § 25 a 27.

III. Conchiusione, § 28.

Conclusione quinta (n. XVI). — *Comento della prima parte dell' art. 293. — Primo esempio: motivazione della dichiarazione di stupro violento.*

I. Principio generale nella l. organica, § 1. — Se l' art. 219 l. org. non avesse ricevuto forma dalle ll. di procedura, cosa basterebbe per adempirvi, § 2.

II. Prima parte dell' art. 293 della procedura. — Forma ch' ei dà alla prescrizione della l. organica, § 3.

III. Necessità che ne deriva, di ben analizzare l' ipotesi della legge ne' suoi elementi — Ciascun di essi dev' essere motivato in fatto per l' applicazione, § 4, 5 e 6. — Come la motivazione della dichiarazione di reità sia in parte quistione di dritto, in parte quistione di fatto, § 7 ed 8.

IV. Applicazione della teoria alla causa. — Quali e quante idee elementari compongono l'idea complessa, espressa dalla frase, *stupro violento*? § 9. — Suoi due modi, violenza effettiva, violenza presunta, § 10.

VI. La violenza effettiva dev' essere non solo inerente al fatto criminoso, ma vincitrice di resistenza ostinata, § 11.

VII. Omissioni e contraddizioni nella motivazione di questa decisione, § 12.

VIII. Errore nella sua formola terminativa della quistione di fatto, § 13.

IX. Conchiusione, § 14.

Conclusione sesta (n. XVII). — *Continua il comento della prima parte dell'art.* 293. — *Secondo esempio: motivazione della dichiarazione di stupro violento nel quale intervenga un omicidio.*

I. Condanna ed oggetto del ricorso, § 1.

II. Metodo da tenersi nella motivazione, § 2 e 3.

III. Elementi di fatto de' quali si compose la dichiarazione della reità nella causa presente, § 4 e 5.

IV. Quale sia la specie di nesso che richiede la legge tra lo stupro violento e il reato di sangue, onde potersi applicare gli art. 341 e 342 delle ll. pen., § 6.

V. Questo non è soltanto il nesso dell'art. 352, § 7, 8 e 9. — Nè quello dell'art. 408, § 10 ed 11. — Quanto più estesa sia la ragione del nesso che richiede l'art. 342, § 12 e 13.

VI. Assurdo dell'opinione contraria, § 14.

VII. Conchiusione, § 15 e 16.

Conclusione settima (n. XVIII) —. *Comento della seconda parte dell'art.* 293. — *Divieto di esprimere nella motivazione altri fatti, fuor che gli esaminati nella pubblica discussione.*

I. Difficoltà necessaria di non venire alla rescissione delle decisioni per via d'interpetrazione, § 1 e 2. — Morale pubblica rettificata dalla pubblica discussione, § 3 e 4. — Pudore della giustizia che con questo mezzo s'ingenera ne'giudici, § 5.

II. Testo dell'art. 293. — Come questo sia la garentia della utilità della legge che ordina la pubblica discussione, § 6. — Come una parte dell'art. si spieghi con l'altra, § 7.

III. I fatti inutili per la soluzione della quistione, non possono produrre la rescissione, ancorchè non sieno tratti dalla pubblica discussione, d. § 7.

IV. Errore di nomi, § 8. — Senso e non parole, *ivi.*

V. Estimazione del fatto, § 9.

VI. Attribuire al testimone il concetto del giudice, § 10.

VII. Altre restrizioni abusive che si vorrebbero introdurre nella osservanza dell'art. 293, § 11.

VIII. Applicazione di queste teorie alla causa, § 12 a 21.
IX. Conchiusione, § 22.

Conclusione ottava (n. XIX). — *Continuazione del comento della seconda parte dell' art.* 293. — *Quale sia la specie di giudizio di fatto riserbata alla estimazione della corte suprema.*

I. Stato della quistione, § 1 e 2.
II. Errore nella indicazione del numero del foglio, nel quale sia registrata una dichiarazione, § 3.
III. Indicazione troppo abbreviata, § 4.
IV. Qual è la specie di fatto che dev' essere estimato e giudicato dalla corte suprema, § 5.
V. Regole eh' ella ha per estimare e giudicare questi fatti, § 6.
VI. Interpetrazione che dee darsi alla espressione con cui è indicato un fatto avvenuto nella pubblica discussione, onde conoscere il valore del motivo tratto dall' art. 293, § 7 ed 8.
VII. Conchiusione, § 9.

Ultimo compimento di questo trattato (n. XX). — *Ministeriale del* 24 *ottobre* 1832.

XII.

Quando l' errore nella motivazione si risolva in nullità d' ordine pubblico.
Art. 219 l. org.

Signori (1), tutta la motivazione della decisione che rigettò l' appello del ricorrente in causa correzionale, è nelle seguenti parole: *Atteso che i*

(1) Conclusioni nella causa di *Vincenzo Martelli*, 11 luglio 1832, Di Giovanni comm., Nicolini m. p.

motivi di appello sono insussistenti. Ma della sussistenza di essi si disputava per l'appunto. Adunque si è preso per ragione del rigettamento dell' appello, quello stesso ch' era messo in controversia : *probat causam per causam*, *idest id quod quaeritur per illud ipsum quod quaeritur* (1). È un *idem per idem*, e per servirci della frase logica, una *petizione di principio.*

2. In questa decisione ella si offre sì nuda, che il vizio si manifesta per verità d' *intuizione.* La quistione era se i motivi fossero sussistenti o insussistenti, e se dovessero o no rigettarsi. E si sono rigettati e sono stati dichiarati insussistenti pel solo motivo che sono insussistenti, e debbono rigettarsi. Non vi abbisogna l' ingegno di Plutarco per ravvisarvi un *circolo vizioso*, com' ei fece in molti ragionamenti degli Stoici (2).

3. Adunque questa motivazione non è che un

(1) Sext. Empiricus, *Pyrr. hypoth.* lib. 3, cap. 3.

(2) I nostri Logici lo chiaman pure *rivolgimento del pestello*, il quale quando è intorno intorno agitato per entro al moriaio, torna sempre là onde partì; frase de' Greci. — Tale sarebbe p. e. il dar per motivazione: *Considerando che il procedimento non contiene nullità.* Arresto del 19 genn. 1834, *Giustiniano de Nigris*, Franchi comm. Nicolini m. p. — Tale, se tutta la motivazione fosse : *Considerando i motivi di appello non esser fondati in fatto, nè in dritto.* Arresto del 17 giugno 1835, *Pasquale Buttino*, Morelli comm., Nicolini m. p. ed arresto del 4 giugno 1838, nella causa di *Antonio Orazio Cappelli*, Celentano comm., Nicolini m. p. — E quando si esclude la scusa della rissa, perchè il ferito fu il primo ad imgiuriare, dir solamente, *Considerando ch' egli cominciò con un' ingiuria*, è pure un *idem per idem*, ove non se ne indichino le parole e le circostanze, e quindi non si estimino come intese a diminuir l' altrui stima. Arresto del 19 giugno 1837 nella causa di *Maria-Rosa Cimeglia*, Celentano comm., Nicolini m. p.

suono vano di voci, che non dice altro se non quello stesso che era messo in quistione. Non siamo dunque nel caso di una motivazione difettiva, o perchè tutto il fatto non fosse espresso, o perchè fosse mal espresso, o perchè non esponesse tutti gli elementi de'quali è composta l'idea complessa della ipotesi della legge. Se fosse ciò, o vi sarebbe nullità di procedura o di legge penale, o disattenzione soggetta a disapprovazione. Noi distinguiamo da questi i casi della mancanza assoluta di motivazione, i quali possono ridursi a tre classi. La prima si avvera, quando si ritengono nella motivazione fatti così contraddittorii fra loro e sì inconciliabili, che l'uno escluda l'altro, nè possano stare insieme *per la contraddizion che no 'l consente;* e voi avete giudicato, che questo non è difetto nella motivazione, ma è convizione incerta, e mancanza assoluta di motivazione (1). La seconda classe si avvera, quando la motivazione poggia sopra fatto che *in rebus humanis non est, et rerum natura non patitur* (2). Come allora trovarvi un semplice difetto di rito? È difetto di senso comune, che rende la decisione non motivata affatto (3). La terza classe è quella nella quale cade la decisione ch'esaminiamo. Non abbiam mestieri di lunghi ragionamenti per dire che tal decisione non sia motivata. Basta rilevare ch' ella non è altro che una *petizione di principio.*

4. Mancando dunque la motivazione, la nullità è d'ordine pubblico, perchè è violato l'art. 219

---

(1) Molti arresti stabiliscono questa teoria, riportati nel *Supp. alla coll. delle ll.* — Arresto del 18 novembre 1835, *Gioacchino di Placido*, Longobardi comm., Nicolini m. p.

(2) L. 2 et 3, D. XLIX, 8, *quae sententiae sine appellatione rescindantur.*

(3) Arresto del 27 agosto 1834, *Onofrio Canonico*, Longobardi comm., Nicolini m. p.

della legge organica; e dimando l'annullamento della decisione (1).

XIII.

Criterio morale nella risoluzione della quistione di fatto. — Art. 292 pr. pen.

Sez. I.

Stato della quistione.

Signori (2), campo di controversie d'alta

(1) Così venne deciso.

(2) Conclusioni nella causa di *Germano Lena*, alla pubblica udienza della corte suprema, 13 gennaio 1840, Cedentano comm., Nicolini m. p., Antonio Fazzini avv. del ricorrente. — Questa fu l'ultima causa in cui si udì nel foro la voce di un giovine di tante speranze. Colpito qualche giorno dopo da grave e dolorosa malattia, ella non protrasse più altri dì l'estremo suo fato, che per far anche ammirare la di lui religiosa e filosofica costanza: ei morì nel dì 20 del febbraio seguente, entrato appena nel suo anno ventottesimo. E pure in sì breve età lasciò alla gioventù studiosa l'esempio di quel che possa un felice intelletto, quando le sue facoltà sviluppate vengono insieme, e l'una per l'altra, senza che per la coltura esclusiva e prematura d'una o di due, soffogate l'altre intristiscano.

Egli nacque in Viesti, città marittima di Capitanata, in dicembre 1812. Il suo fratello Lorenzo, vistane l'indole egregia, nel 1820 lo chiamò in Napoli, ove già insegnava con plauso le scienze filosofiche, e particolarmente la matematiche e le fisiche. Cominciava allora a formare a sue spese quel gabinetto di macchine, che poi divenne il più copioso e frequentato della nostra capitale, e gli porse occasione di non volgari scoperte elettro-magnetiche. Antonio non preteriva gli studii della sua età, e di mano in mano riscuoteva i primi

filosofia è diventata questa mane la corte suprema di giustizia. Vico e Genovesi, Reid e Cousin, Rosmini Galluppi e Mamiani della Rovere sono i

---

onori fra i suoi compagni nelle lingue greca e latina, nella inglese, nella francese: a' più puri fonti della nostra aurea favella bevea di questa l'eleganza, tenendosi per tal modo purgato del contagio che si apprende facilmente ne'giovani al contratto troppo passionato di autori stranieri.

Se non che quel che più giova rammentarsi, è che diretto dal fratello nel sentiero difficile della prudenza civile, non asiderava, per servirmi dell' espressioni di Vico, con studii troppo astratti anzi tempo tutto il più rigoglioso d'una mente giovenile, ma promoveva in prima la memoria, ed insieme la fantasia, co' poeti, co' geografi, cogli storici, cogli oratori, mentre aguzzava l'ingegno e segnava ad esso la norma con la geometria, vera logica pratica, propria di quella età, e regolatrice della immaginazione. Rammento ancora con commozione, che giovinetto poco più che trilustre, già brillava non solo ne' poetici componimenti, i quali per le cose e per le parole eran ben altro che lussureggiamento di pampani, ma anche nelle accademie di fisici esperimenti; perchè in essi, ove le macchine permettevano di associarvi la favola e la storia, com' è p. e. il *Tellurio*, muoveva e spiegava quelle ei medesimo con metodo singolare, e con una erudizione spontanea, tanto più grata, che la facilità ed aggiustatezza dell' espressioni venivano accompagnate da quel sorriso ed ingenuità quasi infantile, indizio d' anima candidissima, che non lo abbandonò mai fino al sepolcro.

Così negli studii maggiori e fra le cure del foro egli entrò arricchito di tutta la fraterna suppellettile. Lo studio legale per lui non fu che una filosofia applicata all' arte di stato nel mantenimento degli ordini civili. Perciò lo ferì subito il *Diritto penale* di Pellegrino Rossi, opera eminentemente filosofica, ma dettata da un cuore che sente, non traviato nel laberinto delle opinioni, nè inaridito da metafisiche astrattezze. Egli fu il primo che lo volse in italiano, e non aveva ancora venti anni: l'autore illustre non gli fu parco di lodi sì per la fedeltà della versione, e sì per lo stile. Antonio frequentava con ardore le mie lezioni, ed io poi ne riudiva i principii eloquentemente ed appositamente sviluppati, fra le benevolenze de'

campioni, che quai mallevadori della difesa d'un fratricida, ha schierato a' suoi fianchi il giovine valoroso incaricato a sostenerne il ricorso. Preso per te-

---

miei colleghi e gli applausi del pubblico nelle difese che gli erano commesse delle cause più gravi in corte suprema: spettacolo per me assai grato: *Quid enim iucundius, senectute stipata studiis iuventutis?* Dante e Vico erano i suoi autori: quindi gran forza e precisione nel dire, e somma facilità in ricondurre a' principii le quistioni più complicate. Il che è pur dimostrato dall' analisi ch' egli pubblicava ne' nostri giornali letterarii delle opere migliori che uscivano alla luce, e dall'esame de'costumi e de' monumenti antichi e nuovi, fatto in occasione di alcuni suoi viaggi nel regno. Maggiore poi dell' età, e splendida d'idee felicemente ardite, fu riputata la sua filosofica dissertazione, *Delle confessioni spontanee de' rei.*

In mezzo a questi studii gli morì il fratello Lorenzo, sostegno unico della famiglia. Universale ne fu il compianto, chè amato non pure, ma creduto necessario da molti per la instruzione della gioventù, incontaminato e benefico ei scendea nella tomba. Le sue virtù vennero celebrate da' ch. marchese Puoti, ed Emm. Taddei, il quale ad esempio del Thomas nell'elogio di Cartesio, ci fece conoscere lo stato presso di noi delle scienze filosofiche fino a lui, ed il progredimento che avevan fatto con lui: il cav. Donizzetti spontaneo si fece interpetre del pubblico lutto con una musica ammirabile, la quale diede in chiesa il più alto grado di solennità agli onori funebri renduti al defunto da' suoi numerosi discepoli. Diretta dal gran maestro medesimo, potette dirsi tutta inspirata da quel profondo dolore che non perde intensità, ma si spoglia di quanto ha d' umano e terrestre nel seno della religione.

Intanto la gioventù studiosa, dolente di tanta perdita, desiderava in quel gabinetto un continuatore delle lezioni di Lorenzo. Se ne divisero il carico i due fratelli Antonio e Gaetano, il primo nelle scienze filosofiche e morali, il secondo nelle matematiche, e pur nella fisica, della quale poco dopo, recandosi in Parigi, accrebbe il gabinetto con altre macchine, e particolarmente col *Dagherrotipo*, introdotto fra noi la prima volta da lui, e da lui maneggiato con singolare facilità e maestria, fattone dotto dallo stesso illustre inventore, non senza utili e suoi proprii miglioramenti. Le due cattedre vennero aperte

ma l'art. 292 della pr. penale, ei vi trova la somma di tutte le regole logiche dell'arte analitica e sintetica, e del criterio d'ogni verità, e le dice violate

---

in novembre 1838 con una *Prolusione* pronunziata da Antonio, e divulgata tosto per le stampe, ove distinti in quattro classi, o meglio periodi, i sistemi d'ogni filosofia, ne descrisse il corso e il ricorso, e si propose seguire nell'insegnamento l'eccletismo di Cousin, temperato però da'ricordi dell'estinto germano: ricordi ch'egli espresse con sì sentite e dolorose parole, che in quella folta corona di quanto ha più di eletto la napolitana letteratura, trasse da ogni ciglio le lagrime.

Nè tante cure lo distoglievano dal foro. Quando si trattò in corte suprema questa causa di *Lena*, era in Napoli il duca *de Broglie*, le cui virtù domestiche e cittadine, ed i scritti e le gesta lo innalzano fra i primi e più eminenti personaggi di Europa. Egli aveva onorato lo studio privato de'due Fazzini, e dotto quanto egli è, e protettore dei dotti, si era trattenuto più volte, insieme co' figli suoi, fra gli esperimenti eseguiti nel loro gabinetto. Amò udire Antonio anche alla sbarra d'una corte di giustizia. Quindi per omaggio all'inclito straniero, nella causa si ragionò, più forse che non richiedeva il bisogno, della differenza tra la nostra procedura penale e la francese, riportandole a' loro principii. Ed il grand' uomo commendò molto sì le nostre instituzioni, e sì il giovine filosofo ed oratore; benchè mostrasse chiaro di non parteggiare, checchè altri ne senta, per alcune sue conseguenze, che precedevano non sempre vere: ma la scelta de' mezzi non era del difensore, e la necessità della difesa nelle cause criminali non ne ammette spesso migliori; lodate non per tanto per l'arte di dar loro sembianza di vero. Ultimo allora che Antonio raccolsel Avesse almeno avuto il tempo di dar l'ultima mano alla *Storia di ogni filosofia*, ch'ei dettava agli alunni suoi, ed il cui solo disegno è rimasto testimonio della vastità di sua mente, e dell'amore con cui coltivava questi studi!

Poche settimane dopo di questa causa di *Lena*, le persone più notabili nelle lettere e nel foro, lagrimose si recavano in folla a rivedere per l'estrema volta le sembianze già esanimate di giovine sì caro, cui finanche l'invidia avea perdonato sempre lo splendore dell'ingegno e la fama prematura: tanta modestia, tanta temperanza e dolcezza era ne' suoi costumi e negli atti e ne' detti. L'avvocato Eugenio Rafaelli, figlio dell'illustre autore della *Nomotesia penale*, amico e compa-

dalla decisione che condanna il suo cliente all'ultimo supplizio. Succeduto ad un fratello illustre, di cui con tanta lode ei continua le filosofiche lezioni, or qui le trasporta, dando ad esse una forma popolare e forense, non disconveniente a quistioni di dritto. Io non seguirò ad uno ad uno tutti i ragionamenti ond' egli ha arricchito la sua nobile aringa. Mi limiterò a quanto qui permette il mio ufizio.

2. La gran-corte criminale di Terra di lavoro ha dichiarato *constare*, che *Germano Lena* abbia commesso omicidio premeditato in persona di *Giuseppe Lena*, suo germano. I fatti particolari che motivano questa dichiarazione di reità, sono in prima il carattere insofferente dissipatore libertino del reo, giovine che avea varcato appena i venti anni, vivente ancora nella casa paterna, in compagnia e in tutela del fratello: costui già maritato e con figli, reggeva solo, dopo la morte del padre comune, la domestica economia. Ma resistea con fermezza alle dissipazioni di lui, negandogli spesso il danaro, che sapeva non esser richiesto a buon uso. E *Germano* ne montava in furore, e lo malediceva imprecando, e correa fama che avesse già tentato di avvelenarlo insieme con la moglie. Frustrato di sì reo disegno, si addestrava al maneggio delle armi da fuoco, non dissimulando di volersene servire contro il fratello.

---

gno del defunto, al cenno unanime, benchè tacito, di tutti gli astanti, ruppe il lugubre silenzio, e pronunziò estemporaneamente, misti alla commemorazione delle virtù di lui, ed interrotti da' singhiozzi comuni, gli accenti dolorosi dell' ultimo *vale*. Raccolti subito, vennero pubblicati la sera. Gli altri amici, e particolarmente l'egregio Cesare Malpiga, ne scrissero con grande affetto: per essi i nostri giornali furono più settimane occupati del diletto compagno, ahi! non più altro che un nome. Vita brevissima, ma modello a' giovani di costume, di religione, di sincerità, d'amicizia, di zelo nell'insegnamento e nelle difese, d' ordine negli studii, e di compiuta instituzione.

3. Nella mattina del dì 27 marzo 1838 egli prese in prestito uno schioppo sotto pretesto di caccia, e lo ritenne sino all'imbrunir del giorno, non discostandosi mai da una casa amica presso al tetto paterno. Di là vide che da questo usciva *Giuseppe* per faccende domestiche. E tosto il reo giovine vi s'introdusse armato, ed aperta la porticina del giardino, quivi dietro si mise in aguato. Tornò l'altro, risalendo sicuro le scale dell'appartamento. Ma non pervenne alla prima rivolta, che un colpo di schioppo lo raggiunse e l'uccise.

4. *Germano* volò subito a deporre l'arme mortifera; e di poi, quasi fosse ignaro di tutto, alle grida dolorose di cui tutta intorno rintronava la sua casa, accorse sollecito. La gendarmeria vi giunse dopo di lui, quando egli si era già ritirato nella sua stanza, sfogandosi pure in lamenti e singhiozzi. Chiamato fuori per dare a quel capitano notizia degli autori del fatto, grande fu la sua agitazione e il ribrezzo, tosto ch'egli si vide innanzi al fraterno cadavere; tal che il capitano, di tai segni dell'animo espertissimo, riconobbe subito che falsi erano i suoi lai, e che lo sbalordimento e la confusione portavano in lui l'impronta di ben altra causa che dell'affetto fraterno: era sospetto, era forse rimorso, era tremore e presentimento del destino che conseguitar doveva il misfatto. Fiutate le mani di lui, davano il lezzo di polvere da sparo di recente trattata. La gente accorsa, conscia del suo costume perverso e delle domestiche discordie, lo accusava unanime, tanto più che l'ucciso non avea nemico, che facesse supporre in altri che in lui l'autore di sì atroce vendetta. Così ei venne arrestato.

5. *Germano* negò di aver avuto parte nell'avvenimento; e poi con tredici posizioni a discolpa tentò non pure di snervare la fede de' testimoni, ma an-

che di rivolgere contro altri l'imputazione. Due posizioni però sono più notevoli, la prima e la decimaterza. Con la prima si accusava di calunnia la fama dell'avvelenamento (§ 2); ed un medico giurò, che chiamato egli qualche mese addietro a'sintomi canvulsivi che dietro un pranzo si risentivano da *Giuseppe Lena*, non rinvenne nel lor carattere, nè ne' cibi rimasti segno alcuno di veleno. Con l'ultima ei sosteneva molti e sanguinarii essere stati i nemici del fratello; ma due testimoni non affermarono altro, se non che otto mesi innanzi era stato a costui vibrato in campagna da mano ignota un colpo di schioppo, il quale andò a vôto.

6. Intanto nè di questo colpo, nè del tentato veneficio si fa menzione nella motivazione della decisione. Vi si parla bensì delle cagioni inique dell'odio che l' accusato nudriva contro il fratello, delle minacce, dello schioppo preparato, dell' aguato, della fuga, del ritorno in casa, della polvere di cui avea graveolenti le mani, del suo imbarazzo alle prime interrogazioni della gendarmeria in faccia alla vedova ed a vista del sangue vivo ancor grondante da quell' ampia ferita, di alcune sue contraddizioni ne' successivi interrogatorii, del giudizio del pubblico fin dal primo momento che fu conosciuta l'uccisione, giudizio non attenuato, ma rinforzato dal tempo, e della inesistenza di ogni altro nemico. Da questi fatti, ma senza espressamente mentovare la prima nè la decimaterza posizione a discolpa, è dedotta la dichiarazione di reità testè riferita (§ 2).

7. Entrare in sì minuti particolari sarebbe vano nella corte suprema di Francia, e dovunque la dichiarazione di reità non dee motivarsi. Dove la dichiarazione di reità non dee motivarsi, ella ha sembianza più d'instintiva, che di ragionata; non perchè non appartenga anche quivi alla facoltà dircorsiva dell'intelletto,

ma perchè le induzioni ed il ragionamento, per cui la proposizion generale ed astratta dalla legge si riduce con le sue parole medesime a proposizione particolare relativa alla causa, rimangono chiuse in petto a' giurati, e si lasciano ignorare a chi legge la decisione (1). Quivi dunque non facendosi conoscer le ragioni onde l'umano arbitrio, di sua natura incertissimo, siasi accertato e determinato nella causa, la quistione di fatto può dirsi più che altrove in arbitrio del giudice. Se non che nemmen fra noi, dove si esige che si esprima tutto il discorso dell'intelletto, il credere o non credere un fatto può essere imposto dalla legge, se pure ella non voglia render legale la menzogna, con obbligare i giudici a pronunziare come certo quel che per essi non è certo, e come evidentemente provato, ciò ch' essi credono dubbio. La legge nostra li obbliga a distinguere e numemerare tutte le idee che compongono la proposizion generale della legge, non per creare in essi una convizione che non hanno, ma per accertarsi ch'essi veggon chiare tutte le condizioni di quella proposizion generale; e l' esprimere che queste siensi ad una ad una verificate nella causa, è un freno all'arbitrio, dando a voi il potere di riconoscere, che al definir p. e. premeditato il tale omicidio, essi non si sono ingannati nel valor legale delle voci che disegnano la premeditazione, nè ingannati nel concorso delle condizioni che ne verificano la sussistenza. E questo è *motivare*, vera guarentigia appo noi della sincerità e della fede de' giudici.

8. Non è dunque che la legge nostra dica a' giudici: *convincetevi*, ovvero, *non vi convincete con questa o con quella pruova*: ciò sarebbe contro la natura della cosa. La legge dice lor con Bacone: *iudices*

(1) La ragione per cui si scende a sì particolare discettazione, è indicata nella prima *nota* di queste conclusioni.

*

sententiae suae rationes adducant, idque palam et adstante corona, ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum. E così *lex optima minimum relinquit arbitrio iudicis* (1); così solo ciò che di sua natura è affare d'intimo senso, si dà in guardia al pudore, come natura fa in tutte le cose di conscienza, e questo pudore è la vergogna di comparire in pubblico o capriccioso o evidentemente iniquo; così la corte suprema può riconoscere se siasi insinuato nel fatto qualche errore di dritto, per cui venga giudicato non necessario nella causa l'avveramento di qualche condizione essenziale dell'ipotesi della legge, o necessaria qualche altra che la legge non esige.

9. Or tutta la forza del ricorso del condannato è nell'analisi della motivazione della dichiarazione di reità. Egli in prima attacca il convincimento de' fatti particolari che compongono l'ipotesi della legge avverata nella causa, o sia quella parte appunto della motivazione, che da niuna legge può esser sottratta all'arbitrio del giudice. Viene poscia ad aggiungere al dovere della motivazione della dichiarazione di reità, anche l'altro di mentovare ad una ad una tutte le posizioni a discolpa, e motivarne il rigettamento, dal che conchiude essere stato arbitrario l'obblio della prima e della decimaterza posizione (§ 6). Con la prima serie di motivi di annullamento sostiene violati gli art. 292 e 327 pr. penale; con la seconda l'art. 330. Discorrerò brevemente sì l'uno, che l'altro assunto.

---

(1) Aph. 8 et 38.

Sez. II

Prima serie di motivi per annullamento: illegalità del convincimento.—Violazione degli art. 292 *e* 327 pr. penale.

10. L'art. 292 è così conceputo. *I giudici risolveranno tutte le quistioni di fatto secondo il loro criterio morale: la parte della decisione colla quale si decidono le quistioni di fatto, non è soggetta a ricorso per la parte che riguarda la convinzione de' giudici.* Segue l'art. 327: *Se la definizione del reato è in contraddizione co' fatti espressi nella decisione impugnata, la corte suprema pronunzierà esservi nullità nell' applicazione della legge.* — Il ricorrente decompone a parte a parte i fatti elementari della dichiarazione di reità espressi nella motivazione della quistion di fatto, e cerca dimostrarli mal provati e dedotti fuor d' ogni regola di criterio morale, e poi ne censura la somma come di elementi contraddittorii fra loro. Eccoci dunque nel dovere di rammemorare ciò che la legge intende per *criterio morale*, e di disvestire i dubbii che si fan sorgere intorno alla concordanza di più fatti nel concetto unico espresso colla dichiarazione di reità (1).

11. Tosto che la legge esige che nella motivazione della dichiarazione di fatto si esprimano verificati tutti gli elementi ne' quali si risolve la proposizione generale della legge, uno d' essi che ne manchi, uno di essi che venga espresso in modo dubitativo, uno di essi espresso affermativamente, ma distrutto da un altro negativo, o renduto incerto da un altro dubitativo, fa sì che il certo si faccia nascer dal

(1) V. la *nota* in fine del § 7.

dubbio, il sì dal no, o il no dal sì, e che tal conseguenza sia affatto contraria alla premessa, o più ristretta, o più ampia. Data dunque la necessità della motivazione, questa specie di censura del giudizio di fatto, ignota nella Francia, diventa ordinaria appo noi. Nè altra è la *contraddizione* di cui parla l' art. 327; error logico, elevato a nullità della nostra procedura, perchè si definirebbe la reità secondo una legge, della quale nel fatto non si sono verificate tutte le condizioni, o verificate tutte, si è creduto non esser ciò sufficiente all' applicazione della pena. Tal nullità è di assai semplice indagine, anzi è quasi intuitiva: *esistono o non esistono in in realtà nella motivazione gli elementi positivi di fatto, de' quali si compone l' ipotesi astratta della legge?* La qual quistione non può farsi mai ove il rito permette la soppressione delle ragioni che muovono il giudice alla dichiarazione della reità o della innocenza: imperocchè come affermare che di una delle condizioni della legge il giudice di fatto non siasi convinto, o che abbia distrutta la sua convizione con un' altra opposta, se l' avveramento particolarizzato di ciascuna delle condizioni è ignoto?

12. Or quali sono gli elementi ne' quali si risolve la dichiarazione di reità della quale ci occupiamo? I, morte violenta d' un uomo, II, a colpo di schioppo, III, cagionata volontariamente, IV, da un suo fratello germano, V, con disegno formato prima dell' azione. Non vi è una sola di queste idee particolari, la quale nella motivazione non sia espressa positivamente, nitidamente, e senza dubitazione o esitanza alcuna; e tutte sono logicamente condotte e riunite nella formola terminativa della dichiarazione di reità contra quest' uomo.

13. Ma molte di esse, replica il ricorrente, non

sono state accertate legalmente, e perciò sono accertate contro il *criterio morale*. — Qui parmi che lo zelo della difesa abbia fatto confondere la legalità delle pruove la quale dipende dall' autorità della legge, con l' estimazione delle pruove già riconosciute legali, la quale dipende tutta dalla conscienza del giudice. Sì fatte legalità, dalla prima ch' è la scaturiggine di tutte, fino all' ultima a cui tutte mirano ed in cui tutte si riuniscono, si riducono a sette. La legge comincia dal dettato, che niuna pruova possa esser discussa, se non è indicata nelle note della parte pubblica e delle parti private, comunicate a vicenda: la seconda legalità delle pruove è che sia data abilità alle parti di farle depurare con libere repulse: la terza, che niun testimone possa fornir materia di discussione, se non debitamente citato a questo fine: la quarta, ch' ei debba deporre in udienza pubblica, innanzi a tutti i giudici della causa, in presenza del ministero pubblico e dell' accusato: la quinta, che ogni testimone debba essere interrogato con giuramento, e con quel metodo che la legge stabilisce, come più atto ad evitar la sorpresa e la mala fede: la sesta che sia data facoltà a' giudici ed alle parti di confrontare i testimoni fra di loro e col reo, e riceverne le spiegazioni utili alla causa: la settima che nulla possa entrare nella motivazione della decisione, se non sia stato esaminato in sì solenne esperimento. Tutto ciò ch' è chiuso in questo settemplice confine, tutto ciò che non va oltre di questo, è abbandonato alla estimazione del giudice.

14. Imperocchè se il credere o non credere è un sentimento dell' animo, la legge, ond' evitare le cause generali e particolari dell' errore, del sopruso e della mala-fede, stabilisce queste legalità: ma fatto

ciò, può ella imporre al giudice: *credi* o *non credere*, ovvero, *scrivi l'opposto di quel che senti* (§ 7)? I fatti umani sono così varii, e da tanti e sì diversi indizii ne dipende la certezza, che sempre è vero ciò che ad un giudice rescriveva l'imperatore Adriano: *Dopo che hai ricevuto le norme della esaminazione de' testimoni, non può affatto definirsi quali argomenti, e in che particolar maniera provati, debbano essere sufficienti a convincerti. Spesso, ma non sempre, senza pubblici documenti il vero si scuopre: qua il numero de' testimoni, là la dignità e l'autorità, talvolta la semplicità ingenua dell' innocenza, talvolta la prudente esperienza di osservatrice abitudine, tal altra la opinion pubblica lungamente concorde, può confermar la fede di ciò che ricerchi. Sovente il detto di alcuno è smentito da' sembianti, che soglion esser testimon del cuore; non di rado un cenno, uno sguardo rivela il favore, l'odio, la suggestione; lo stesso disordine e le correzioni possono dar segno della sincerità di chi non prevenuto viene in giudizio, come l'ordine delle idee e la nitidezza di concordi parole discuoprono il concerto di meditato o suggerito sermone. La somma di tutte le regole si riduce a ciò, che non dovrai mai legarti ad un sistema nè ad una forma prestabilita di convizione, ma secondo il sentimento tuo intimo, regolandoti da ciò ch' è più atto alla cosa e ch' è più prossimo al vero, ammetterai ciò che credi, e rigetterai ciò che mal provato ti sembra* (1).

15. Questo passo di Adriano si legge tradotto alquanto più diffusamente nella tabella che in Francia è

(1) L. 3 et 21, D. XXII, 5, *de testibus*, congiunta alla l. 10, § 5, D. XLVIII, 18, *de quaestionibus*.

affissa nella camera delle deliberazioni de' giurati: nelle nostre leggi antiche venne compendiato nella definizione degl' *indizii indubitati*, che da una prammatica del 1621 furon detti *quelli che provati legittimamente* (cioè forniti delle legalità sopra discorse (§ 13) o di altre cui la legge piace sottoporli) *inducono la mente del giudice a credere fermamente, quietando il suo intelletto in questa ferma credenza*; frase dantesca (1), ridotta già per tutte le verità storiche a formola generale e filosofica da Vico nel famoso dettato: *la conscienza sicurata da ogni dubbio genera il certo* (2).

16. Ma come lo genera? Qual' è poi il contrassegno ultimo che la certezza siasi acquistata? Quistioni logiche son queste, che la procedura, logica pratica de' giudizii, non potea fare a meno di prendere in mira e risolvere.

17. Come la conscienza lo genera? Qui *conscienza* è presa sotto l'aspetto di senso intimo delle operazioni discorsive dell'intelletto; e qui vengono tutte le regole dell'arte critica, distinte in regole di preparazione de' mezzi del giudizio di fatto, ed in regole del medesimo giudizio ultimo del fatto. La somma delle prime è in quelle legalità da osservarsi nella ricerca, nel depuramento e nella presentazione della pruova, le quali abbiamo sopra numerate (§ 13); e tutto ɔɪsənb è sottoposto all'impero della legge. Ma osservate sì fatte condizioni e riconosciuta in tal modo legale la pruova, l'affermar

(1) Pragm. 12, *de officio iudicum*. — Disse Dante: *Nel vero in che si queta ogn'intelletto*. Par. XXVIII, 108.

(2) *Certum gignit conscientia dubitandi secura*. Vico, *de uno un. iuris pr.* in proloquio. — Dee giugnere a tale il sentimento intimo, *ut in ea, tamquam in vera sententia*, quiescat: *tunc iudex plus investigare non curet*, dicevano i nostri forensi. De Rosa, *Crim. decr. praxis*, I, cap. 30.

certo questo o quel fatto da tal pruova dipendente, non è più della legge, è della facoltà induttiva e ragionativa del magistrato: egli solo si acqueta a' fatti singoli, ne forma un fatto composto, ne determina le cagioni e gli effetti, non tanto pel detto d'uno o di più testimoni, quanto perchè l'uno si trova in tante guise connesso e quasi addentellato cogli altri, che ne risulta un complesso di segni e di note del vero, rispondenti fra di loro con proporzioni certe, e quasi direi con determinata armonia. Questi segni e queste note a misura che si ripetono e si succedono di fatto in fatto, diventano più sentiti e più forti, fino a tanto che ogni fatto individuo, troppo incompleto da sè e troppo incerto nelle sue cagioni, si avvera e si fortifica nel concorso e nel consenso di tutti gli altri. Questa operazione ultima, parte essa pure dell' arte critica, è quella che *nullo certo modo satis definiri potest*, e che l'imperatore commise tutta alla intelligenza ed alla conscienza del giudice: *tu magis scire potes, et ex sententia animi tui aestimabis* (1).

18. Qual è poi il segno, la nota, il crogiuolo, onde alfine discernere il falso dal vero, e dir che quello ch' era dubbio siasi convertito in certezza? Non è, nè può esser altro, che la *conscienza* stessa del giudice sotto l'altro aspetto di sentirsi sicurata d' ogni dubbio. Questo è il criterio d' ogni certezza morale; e perciò la conscienza sicurata da ogni dubbio è detta dalla nostra legge, *criterio morale*. *Criterio* non è che contrassegno: *criterium*, *quasi tessera*, disse il nostro Genovesi (2).

---

(1) D. l. 3, D., XXII, 5, *de testibus*.

(2) E perciò la legge dice che le quistioni di fatto sono risolute *secondo il criterio morale*. Se avesse detto, *col criterio morale*, come alcuni pur dicono, avrebbe detto un er-

19. Dal che deriva che l' arte preparatoria al giudizio di fatto è tutta regolata dalla legge. L' arte di formarlo n' è pur regolata, in quanto che rigetta tutte le contraddizioni e disconvenienze prevedute dall' art. 327 (§ 11); ma in quanto al resto del giudizio di fatto, l' unica regola che dà e può dare la legge, è il *tu magis scire potes* di Adriano (§ 17). E perciò se ne' giudizii non si cerca che la verità, e di tutte le verità la prima è l' espressione della lingua d' accordo col pensiero, non può di sua natura esser censurabile una motivazione la quale va significando ciò che dentro ci detta l' intimo senso. Quindi appo noi la decisione di fatto è soggetta a ricorso in quanto che o non è motivata, o non contiene tutti gli elementi della ipotesi della legge, o il metodo prefinito non vi è serbato, il che riguarda le legalità di essa; non vi è soggetta in quanto al convincimento tratto da pruova legale e sentita pienamente secondo il criterio del giudice.

20. Per le quali cose non appena che nella causa presente non troviamo un fatto il quale derivi da pruova illegale, non uno che sia in contraddizione dell' altro, non uno che non sia stato esaminato in pubblica discussione, abbiamo già accertata l' osservanza del metodo, quale lo impone la legge. Nè in ciò diverso è il principio della ricerca d' ogni altra specie di vero. Le regole non possono darvisi che per l' ordine della investigazione, per la esattezza del metodo, per la scelta e la depurazione de' mezzi de' quali ci serviamo convenientemente alla cosa. Quando poi giungiamo al testimonio umano, e dobbiamo

---

rore. Non è il *criterio* che risolve: il *criterio* è il segno che il dubbio è risoluto, come il trabboccamento della bilancia, è il segno che il peso è arrivato al suo punto: è l' effetto immediato e necessario, non la causa del peso.

giudicarne, non troviamo in noi altro giudice che il nostro intimo senso, nè altro criterio del vero che la nostra conscienza sicurata dal dubbio. Nelle stesse verità astronomiche l' arte c' insegna la bontà degl' istrumenti, il luogo e la maniera esatta di adoperarli, e le regole di osservazione. I fenomeni poi che ci si riferiscono veduti qua e là dagli astronomi, e le deduzioni di fatto che se ne tirano, possono essere soggetti a pregiudizii ed errori, e Piazzi che qui o in Palermo li racccoglie, in tanto li crede in quanto che *naturae negotii conveniunt*, *et rei aptiora et vero proximiora esse compererit*, e se vi è diversità nelle altrui osservazioni, *non ad multitudinem respicit*, *sed ad sinceram testimoniorum fidem*, *et quibus potius lux veritatis adsistit* (1).

21. (*Qui si entrava ne' fatti i più particolari della motivazione, i quali, appunto perchè troppo particolari alla causa, nulla contenendo di quistioni di dritto, qui si sopprimono. Poi si conchiudeva:*) Distinta dunque la legalità dalla credibilità de' testimoni, cade tutto il prestigio della eloquente difesa del ricorrente. Le pruove sono state legalmente raccolte e legalmente presentate: gli elementi di fatto che constituiscono il fratricidio, non pur volontario, ma premeditato, sono tutti espressi senza contraddizione alcuna nella motivazione: da ultimo il giudice si è convinto di questi fatti *ex animi sui sententia*, e li ha tenuti per certi *secondo il suo criterio morale*. Adunque la prima serie de' motivi per i quali si dimanda la rescissione della decisione, è insussistente.

---

(1) D. l. 21, D. XXII, 5, *de testibus*.

Sez. III.

Mancanza di motivazione d' una parte della difesa. — Art. 330 pr. pen.

21. Vorrebbe in ultimo la difesa del ricorrente generare un motivo di nullità dall' obblio che scorge nella decisione di due delle posizioni a discolpa (§ 6). Ma che si voleva mai sostener colla prima? Che il condannato non avesse mai tentato avvelenare il fratello. Egli ha ottenuto quel che volea; perchè la grancorte non annoverando questo fatto fra i motivi del suo convincimento, mostra chiaro di non essersene convinta. Con la seconda poi non si è provato affatto chi altro avesse potuto esser sì nemico all' estinto, da ucciderlo poi in quel modo. (*Qui l' avvocato gen. ha ripetuto ciò che si legge nel vol.* 3, *n.* VIII, IX *e* X *di queste Quistioni*).

23. Per queste ragioni dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso (1).

---

(1) Il primo motivo per annullamento venne rigettato. Il secondo, relativo alla non menzione delle due posizioni a discolpa, venne ammesso contro le mie conclusioni, e la decisione annullata. È ciò a cui si allude nel fine della prima *nota* a queste conclusioni; poichè io sempre son rimasto nell' avviso che l' esigere la menzione di tutte le posizioni a discolpa, intese unicamente a sostituire un fatto ad un altro, sia *conseguenza non vera* de' principii di nostra legislazione. — V. i detti nn. VIII, IX, e X del vol. 3.

XIV.

Continuazione del comento dell' art. 292. — Se ne' risultati d' un esperimento di fatto la convizione del giudice sia sì necessaria, che debbano quelli esser ritenuti per veri contra il proprio sentimento.

Signori (1), i traviamenti d' investigazione e di procedura avvenuti in questa causa ne' suoi primi cinque anni, i tanti volumi scrittivi su di false tracce, le carcerazioni e scarcerazioni di tanti individui, mentre tutto indicava fin dal principio la dritta via che si è cercata smarrire, ci mostra abbastanza, che non del destino di questo solo miserabile, condannato con giustizia sì tarda all'estremo supplizio, ma di persona assai più ricca e potente si tratta, e che ben altro è il capo, cui una difesa così vigile e tortuosa tenta sottrarre alla giusta sua pena.

2. A notte innoltrata del dì 2 a 3 marzo 1825, immesso nel sonno, nella propria sua casa, sul letto suo proprio, fu ucciso con otto colpi di stile *Gio. Battista Stefanelli* di *Volturara*. Poco lungi dalla sua camera era un suo domestico, e con costui il figlio, noto a tutti qual giovine di rei costumi, e di spiriti assai risentiti ed ardenti. A niuno di questi due pensarono gli uccisori per non essere disturbati dal successo. Il portone della casa, gli usci dell'appartamento non si trovarono forzati. Quando tutto rimase sgombro di quegli assassini, allora il domestico da una finestra acclama,

---

(1) Conclusioni nella causa di *Niccola de Meo*, 27 agosto 1832, Celentano comm., Nicolini m. p., Liborio Romano avv. del ricorrente.

a' ladri, e quel figlio fa sentire dall'interno dell'appartamento tre vani colpi di schioppo. E tosto si querela della uccisione del padre per causa di furto; e le autorità locali e provinciali furono così semplici, che niuna d'esse avvertì, che non avrebbero potuto i ladri penetrar facilmente in una casa sì ben difesa, senza cooperazione di chi vi era sopravvivuto; niuna, che senza intelligenza di figlio sì fatto, e munito d'armi sì pronte, non si sarebbero coloro con tanta fidanza avviati alla camera del padre, se prima non si fossero assicurati di lui; niuna, esser cosa impossibile che alcun rumore non si fosse fatto in aprire e percorrere tante stanze in una notte tranquilla, e che alcun grido, alcun gemito fra tante violenze non si fosse udito sì presso; niuna, che quei tre colpi non sarebbero stati così gettati al vento, e come per fare strepito in in albergo già vôto, ma che se il figlio non fosse stato nel concerto, più utilmente ei li avrebbe vibrati appresso agli assassini che fuggivano. In tanta balordaggine, per non usar parola più grave, l'instruzione delle pruove vagò per un lustro cercando ladri, i quali per agire non avessero avuto altra cagione che il furto.

3. Finalmente un più saggio instruttore ritornò sulla via smarrita, e subito si scoperse che gli assassini agirono per mandato del figlio. Costui fugge dalle mani della giustizia: uno de' mandatarii, *Niccola di Meo*, è condannato. Il principal motivo pel quale ei cerca far rescindere sì fatta decisione, è fondato su d'una restrizione arbitraria che vuol darsi all' art. 292 pr. penale. Tutte le quistioni di fatto, egli dice, debbon essere risolute secondo il criterio morale del giudice, nè la parte della decisione che riguarda il convincimento è soggetta a ricorso, tranne però il risultato degli *esperimenti di fatto*. Esso divien

pruova *per evidentiam facti*: il giudice che l'ebbe ordinato, formò un vincolo egli stesso alla propria convizione, e legò il suo arbitrio a ciò che viene a risultarne. Più d' un arresto di questa corte suprema par che sostenga sì fatta opinione. Ma a me permetterete di dir liberamente il mio avviso. Nella causa che trattiamo, il testimone che dice aver veduto e riconosciuto tra gli assassini il *de Meo*, disse poi nell' esperimento di fatto di non veder chiaramente nè poter riconoscere colui che vi figurava in luogo di costui. Non pertanto la gran-corte si è convinta di aver costui e veduto chiaramente, e riconosciuto. Può egli esser ciò soggetto alla censura della corte suprema?

4. Per ben esaminare sì fatto motivo, è necessario ch' io vi reassuma i fatti, dai quali è motivata la dichiarazione di reità, onde conoscere l'occasione e le ragioni che mossero la gran-corte ad ordinare l' esperimento di fatto, e quelle che determinarono il suo convincimento contro i risultati di esso.

5. Tra i fatti espressi nella decisione viene in prima la trista vita di quel figlio. Dissipator dissoluto, in ciò solo troppo simile al padre, il quale di esempi rei colse poi sì reo frutto: rivale del padre stesso in infami amori, nel 1823 tentò di ucciderlo con lo schioppo: quindi ad altra impura tresca rivolto con donna degna di lui, e figlia di madre peggiore, la rende incinta, disperde le sue sostanze con lei, e vuole sposarla. Il padre si oppone: quindi gridi, dissidii, e rubamenti: ei va furibondo in cerca di un sicario che gli uccida l' autore de' suoi giorni per prezzo: pochi dì prima dell' ammazzamento, gli volge contro nuovamente le mani empie, e lo ferisce in testa: la madre della druda ne accende più l' ira in vendetta di quel dissenso, renduto più amaro da insulti e percosse sofferte; ella mi-

naccia per ben due volte di morte questo padre ostinato; ed una di tali minacce corrisponde precisamente al modo come poscia effettivamente si consumò l'assassinio; ed in fine frequenti colloquii del condannato *de Meo* e del giovine *Stefanelli* in casa di lei. Fatti son questi che ritraggono in tal figlio, sotto sembianza e figura umana, un mostro pronto a trascendere tutti i confini delle leggi, della religione, della natura; animo efferato, perduti costumi, audacia singolare, *neque audacia solum, sed furor summus atque amentia.*

6. I quali caratteri, senza di cui non crede Cicerone esser possibile di trovare un parricida, sono così stabiliti e provati, che niun d' essi si osa attaccare co' mezzi per annullamento. Quel domestico che avrebbe dovuto udire il rumore almeno de' ladri, e che dopo ch' essi erano partiti, fece dalla finestra quella sì tarda ed affettata quiritazione, è *Carmine-Antonio Pescatore.* Avverte la decisione, che costui dopo il misfatto fu visto in miglior fortuna, e già proprietario di un fondo, compratogli dal figlio dell' ucciso. Ne' primi anni ne' quali non si amò di vedere la vera causa di sì truce avvenimento, egli fu esaminato quattro volte, e disse sempre quello che al padrone giovava.

7. Ma non era possibile, ch' egli più addentro non conoscesse la cosa. Quando un instruttor migliore seppe interrogarlo, *Pescatore* svelò quello che la natura dell' avvenimento, non appena interrogata, attestava, cioè che il figlio era non pur consapevole, ma direttore, anzi motore del reato. Disse adunque che coricatosi il padre in quella notte fatale, egli pure si pose a letto, ma non il figlio che nella camera medesima solea dormire poco lunge da lui; che a notte avanzata egli udì un tramestio nel cortile, un latrar di cani, un lancio

di pietra alla finestra; che allora il giovine padrone smorzò il lume, uscì tacito della stanza, e lui che voleva seguirlo impedì, chiudendolo dentro; ch' egli però aprì tosto lievemente la finestra, ed al lume della luna vide cinque, avvolti in corti cappotti, confabular col padrone; e tra costoro riconobbe questo *Niccola de Meo*, ed il padre di quella donna che lo stesso suo signore intendeva impalmare; che dopo un quarto d' ora questi ritornò, e serrò l'uscio; che scorsi altri minuti, udì un graffiare, ed un parlare strano alla porta; e che in ultimo, passato ancora qualche altro istante, sorse subito il giovine, ed impose a lui di acclamare, mentre traeva l' uno dietro l' altro i tre colpi vani di schioppo. Così dopo più anni *Carmine-Antonio* deponea finalmente le reminiscenze della notte funesta del 2 al 3 marzo 1825.

8. Accusato *Niccola de Meo* di omicidio per mandato, oppose che non poteva *Carmine-Antonio Pescatore* a quel lume di luna, da quella finestra, in quel cortile, riconoscer un uomo, come che per lo innanzi conosciuto da lui. Se ne fece l'esperimento nella notte del 30 settembre 1830: il tempo non era favorevole. Si ripetette l' esperimento stesso nella notte del 29 ottobre: *Pescatore* non riconobbe alcuno.

9. Letto in discussione pubblica quest' atto del 29 ottobre, fu richiesto di nuovo *Pescatore*, s' egli effettivamente avesse riconosciuto *de Meo* nella notte del 2 al 3 marzo 1825; ed egli rispose affermativamente. Richiesto perchè niuno avesse riconosciuto poi nella notte del 29 ottobre 1830, rispose che in quella notte del 2 al 3 marzo 1825 la sua vista fu soccorsa anche dalla voce di *de Meo*, ch'egli ben distinse. All'incontro ei stesso aveva già, in epoca più immediata al misfatto, manifestato a suo padre, e costui lo avea detto a sua moglie, ch' egli aveva riconosciuto *Niccola*

de Meo. La gran-corte allora bilanciò il risultato dell' esperimento di ottobre 1830 colle rivelazioni di *Pescatore* al padre, e del padre alla madre, rendute più verisimili dalla circostanza deposta in dibattimento di essere stato allora aiutato a quel riconoscimento anche dalla voce. Osservò pure, che il non aver egli ben distinto alcuno nell' atto dell' esperimento, poteva esser derivato dalla pendenza verso il padrone, che lo avea renduto proprietario. Così si convinse, che il testimone, sebbene asserisse di non aver riconosciuto alcuno nella notte del 29 ottobre 1830, avea però chiaramente ravvisato *de Meo* nella notte del 2 al 3 marzo 1825; e motivò l' esclusione della eccezione con queste ragioni.

10. Or invano un così fatto convincimento vuol chiamarsi illegale per qualche divieto tratto dagli arresti della corte suprema. Prima assai di questi arresti, *Paulus respondit*, che delle cose impossibili *et quae in rebus humanis non sunt*, *et quae concipi rerum natura non possunt*, non vi è convincimento di giudice che possa sostenersi, *neque sententia adversus ea vires habet* (1). Se dunque nell' esperimento il giudice avesse osservato un ostacolo insormontabile, una impossibilità fisica, per cui da quella finestra quel *Carmine-Antonio Pescatore* non avesse potuto affatto vedere nè riconoscere, nullo certamente sarebbe un convincimento contrario. E questa e non altra può essere l' intelligenza degli esempi della corte suprema: *Exempla in consilium adhibentur*, *non utique iubent*, *aut imperant* (2).

11. Ma qui quel *Pescatore* il quale disse e sostenne

(1) L. 2 et 3, D. XLIX, 8, *quae sent. sine appellatione rescindantur*.

(2) Bacon. Aphor. 31.

allora di aver veduto e riconosciuto *de Meo* in marzo del 1825, dice ora di non aver veduto nè riconosciuto colui che in ottobre del 1830 gli si offerse in luogo di *de Meo*. Quest' ultimo fatto non esclude la possibilità fisica del primo. Vi manca l' identità degli organi del testimone, perchè non sappiamo se la forza della sua facoltà visiva fosse stata la stessa. È incerto se la stessa fosse stata la secchezza od umidità dell' aere, e l' aspetto ed il fulgor della luna; e quantunque fossero stati nella notte dell' esperimento recisi molti rami all' intorno, e collocate cinque persone nel cortile, non era nelle facoltà umane il rimettere gli alberi ed i rami e le foglie nella posizione precisa di cinque anni addietro, nè di collocar gli uomini così come allora vi stavano: un passo di più, un volgersi improvviso, un alzar di testa fa incontrar l' uomo in un raggio, lo mette in un riverbero non avvertito, il quale perciò non si narra, nè può indovinarsene, non che ripetersene la scena. Manca l'identità della persone: poichè non *Niccola de Meo*, ma altri dovette presentarsi dal cortile alla finestra ov' era collocato *Pescatore*: l' aprir del cappotto più in un modo che in un altro, e l' abito di corpo più marcato e più conosciuto di uno, rende costui dallo stesso sito e dalla stessa persona più facile ad esser riconosciuto di un altro. Manca l' identità delle circostanze del reo: poichè ben altro è l' andamento feroce ed il fuoco d' iniqua gioja, e l' espressione viva del volto di chi si avvicina al consapevole di un misfatto ch'ei viene a commettere sol per fargli piacere, che non è la fredda imitazione fattane da coloro, che senza passione, e nell' imbarazzo che produce la presenza del giudice, son chiamati all' improvviso per farne la rappresentanza: la premura stessa e la curiosità che tanto influiscono ad

aguzzare le nostre facoltà sensitive, erano ben altre in *Pescatore* di quella notte criminosa, che in *Pescatore* dell'esperimento. Niuno dunque può dire, che da questo esperimento risulti l'impossibilità fisica che costui avesse riconosciuto nel 1825 *de Meo*. L'esperimento d'impossibilità avrebbe mostrato un ostacolo, per lo quale tanto nel 1825, quanto nel 1830, da un luogo non poteva affatto vedersene un altro. Ma questo di cui parliamo, è un esperimento di probabilità, soggetto di sua natura alla estimazione del giudice.

12. Se la cosa è così, a che mai si riduce la quistione che potea sorgere da quell' esperimento? Non ad altro che a quistione di credibilità. Anzi assai minore è questo caso dell'altro, in cui un testimone si trovi fra due contrarie dichiarazioni, di aver veduto, e non aver veduto. Poichè l'esperimento di cui parliamo, non è inteso che a conoscere solamente, se un uomo il quale nelle circostanze per quanto possano imitarsi, ma non più che *per quanto possano imitarsi*, le stesse di cinque anni e mezzo prima, ha detto di non riconoscere alcuno, possa credersi, ch'egli abbia potuto riconoscere in altro tempo qualche altra persona. Fu una eccezione formalmente opposta. Quindi era necessario che la g. c. vi avesse risposto; ed ella si è lungamente intrattenuta su questa eccezione (1). Ma ella ha considerato, che cotesto *Pescatore* disse al giudice del 1830 di avere effettivamente riconosciuto *de Meo*, ed ei lo avea detto prima a' suoi genitori, coi quali non aveva interesse

(1) Per convincersi la gran-corte contro il risultato d'un esperimento di fatto, espressamente opposto dall'accusato, dee mentovarlo nella decisione e ragionarvi. Altrimenti viola l'art. 330 pr. penale. Arresto del 7 settembre 1835, nella causa di *Francesco di Gregorio*, DE LUCA comm., NICOLINI m. p.

di mentire; che aggiunse poi in dibattimento ch' egli aveva riconosciuto anche alla voce; e che da ultimo, come si trattava unicamente della forza de' sensi di *Pescatore* stesso, attestata da lui medesimo, già migliorato di condizione dal suo signore dopo il misfatto, così aveva potuto nello esperimento cercar involvere la verità senza compromettere se stesso. Questo è dunque un calcolo di estimazione di fatto, ed è il vero caso del giureconsulto Carisio: perciocchè il giudice è venuto a credere *quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret: confirmavitque motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quae rei aptiora, et vero proximiora esse comperuit* (1).

13. Per le quali cose è evidente che non si tratta già dell' art. 293, ma dell' art. 292 della pr. pen. E' una quistione di fatto non soggetta alla giurisdizione della corte suprema. Dimando dunque il rigettamento del ricorso (2).

---

(1) L. 21, D. XXII, 5, *de testibus*.

(2) La corte suprema annullò la decisione sul motivo, combattuto in queste conclusioni, che la verità legale del fatto sia nell' esperimento, non nel detto del testimone. Questo arresto però fu l' ultimo poggiato sopra massima sì fatta. La ministeriale del 24 ottobre 1832 ritirò la giurisprudenza a' suoi principii, e da allora in poi si è sempre deciso uniformemente a queste nostre conclusioni. Il primo arresto che le seguì fu del 21 novembre 1832, nella causa di *Carlo Tripepi*, Montone comm., Nicolini m. p., F. Castriota-Scanderbeg avv. del ricorrente. In seguito la giurisprudenza è stata sempre costante, secondo la ministeriale che trascriveremo appresso.

Intanto la causa di *de Meo* ebbe esito per lui felice nella gran-corte di rinvio: fu liberato provvisoriamente, e scorsi i due anni della prescrizione, ottenne nel 1836 la libertà assoluta. Salvato costui, *Fabrizio Stefanelli* si credette più sicuro: ricomparve, ma venne arrestato. Oppose l' eccezione

XV.

Appendice alle due conclusioni precedenti. — Valore de' processi-verbali degli agenti de' dazi indiretti.

SEZ. I.

Stato della quistione.

Signori (1), la gran-corte criminale di Teramo ha dichiarato due individui di guardia doganale colpevoli di falsità di un processo-verbale di contrabbando, ed uno di essi colpevole anche di omicidio volontario in persona del preteso contrabbandiere. Nella motivazione ella definisce immaginato il con-

---

della cosa giudicata, supponendo che l'assoluzione del suo *de Meo* giovasse anche a lui. Ma questa eccezione venne rigettata; e fu condannato all'ultimo supplizio, qual mandante alla uccisione, chiunque fosse stato colui che l'avesse commessa. La corte suprema considerò, che « le circostanze di fatto alle quali si appoggiano i mezzi » per annullamento tratti dalla eccezione della cosa giudicata, » son tutte passate col giudizio relativo a *Niccola di Meo*, qual » uno degli autori principali del reato: or ciò ch' è passato » in altro giudizio contro altra persona, non può giovare nè » nuocere al ricorrente; tal che non concorrendo i requisiti » tutti voluti dall' art. 1305 della ll. cc., *alia res est*, e » non è il caso del *bis in idem*. » Così fu rigettato il ricorso. Arresto del 9 gennaio 1839, nella causa di *Fabrizio Stefanelli*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Nic. di Giovanni, Fed. Castriota-Scanderbeg, e Raff. Conforti, avvocati del ricorrente. — V. *supra* n. XI, § 17.

(1) Conclusioni pronunziate all' udienza della corte suprema de' 4 nov. 1839, nella causa di *Raffaele Pagano* e *Sabatino di Michele*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Agazio Ciancio avv. de' ricorrenti.

trabbando, e falso il verbale, a fine di falsare l'indole dell' omicidio, fingendolo avvenuto fortuitamente in mezzo alla resistenza alla forza pubblica, mentre in realtà fu commesso con dolosa superchieria. Condannati costoro, han prodotto ricorso. I motivi ne' quali è distinto, esigono l'attenzione vostra sopra tutto l'andamento giudiziario della causa; per lo che conviene ch' io ne faccia alcun cenno.

2. Sulle ore due e mezza di notte (8 p. m.) del dì 11 novembre 1838, poco lunge da Teramo, venne ucciso a colpo di scioppo *Antonio Fariassi*. Al fragore improvviso accorse sollecita la gendarmeria, e tosto s'imbattè quivi in due individui della forza doganale. I quali le dissero, che mentre in compagnia di un terzo lor compagno ivi attorno pattugliavano, videro l'ucciso in compagnia di altri passare a guazzo il fiume, ed avanzarsi; che tenendoli per contrabbandieri, intimarono ad essi in nome del Re e della legge di arrestarsi; che costoro invece di ubbidire, si erano baldanzosamente fatti innanzi, minacciando con le ronchette in alto i soldati, fino ad attaccarsi a corpo a corpo con uno, vibrando colpi, e afferrando la canna dello schioppo impugnato contro di essi; che in questo movimento incomposto, scattato da per se stesso il fucile, cadde a terra quegli appunto che avea tanto osato, e cadde col suo sacchetto di zucchero: gli altri, riguadagnando la via del fiume, fuggirono. — Dimandati i due soldati doganali dov'era il sacchetto, risposero ch'era stato trasportato già in dogana. Ma la ronchetta dov'era? Come avvenir poteva che venuto l'ucciso dall' altra sponda del fiume, traversandolo a guado, il suo cadavere ancor caldo e grondante sangue, presentasse asciutti i piedi, non che le gambe? A queste interrogazioni i due risposero con voce tremola: *nevigavano le pietre; così fanno i contrabbandieri*; e partirono.

3. Allora la gendarmeria, dopo aver osservato che niun oggetto estraneo giaceva presso al cadavere, credette convenevole lasciar questo nella stessa posizione in cui lo avea trovato, e guardarlo quivi per tutta la notte. Ma tosto sopravvenne un' altro individuo della forza doganale, che volle pur esso far compagnia a' gendarmi; e costoro poco dopo si avvidero che vicino al cadavere luccicava un bottone di uniforme ed una spallina; oggetti che prima della venuta di costui non v' erano affatto.

4. A cinque ore di notte (10 1/2 pom.) si presentavano le due guardie doganali al giudice regio: gli narravano l' avvenimento, non senza qualche varietà da ciò che aveano detto a' gendarmi: mostrarono a lui un loro uniforme forato in più parti, e mancante d' una spallina e d' un bottone, in pruova della resistenza armata sofferta.

5. Al far del giorno, e propriamente sulle ore 14 (7 1/2 a. m. del dì 12: queste ore sono con lodevole diligenza marcate dal giudice) il giudice si recò sopra luogo, e riconobbe il cadavere per mezzo di periti sanitarii e cacciatori: fu giudicato il colpo vibrato non di fronte, ma alle spalle: la natura delle ferite rivelò, che l' arme mortifera era stata scaricata in distanza, e per lo meno a quella di dieci passi. Osservò pure diligentemente l' uniforme presentatogli la notte: i periti sarti giudicarono, che le forature esistenti in esso erano tagli a filo, i quali non potevano prodursi mai da ronche o ronchette, la cui forma lunata non può permettere l' azione di taglio, se non quando esse abbiano penetrato molto addentro con la punta ricurva. Così da ogni lato si scopriva mendace la dichiarazione fatta innanzi al giudice dalle guardie doganali. Queste perizie non si è osato mai impugnare.

6. La moglie dell' ucciso nello stesso dì 12 (non abbiamo qui l'indicazione dell' ora) presentava la sua querela, e deducea fatti ch' escludevano ogni possibilità di contrabbando; facea conoscere che il marito ch' era stato in Teramo tutto il giorno, non avea ronchetta nè ronca, ma qualche danaro ed altri oggetti, che non furono più nella loro integrità, in lui cadavere, rinvenuti; ed aggiungeva alla querela dell' uccisione, anche quella del furto.

7. Il sacchetto dello zucchero che poco dopo l'omicidio si era detto da'due a' gendarmi di esser passato in dogana, o non vi fu depositato, o se lo fu, no'l fu con alcuna delle formalità richieste dalla legge. Solamente a 19 ore del dì 12, mezz' ora cioè dopo mezzo giorno, quando già le perizie aveano messa in chiaro la natura dell' omicidio e la falsità della difesa, veniva compilato dal ricevitore del fondaco doganale il processo-verbale del preteso contrabbando, con resistenza e vie di fatto, testificate dallo stato dell' uniforme e e dal bottone e della spallina strappati e trovati presso il cadavere: la resistenza si disse operata in prima da molti *con colpi di pietra e con piroccole di legno*: *uno delle guardie fu circondato* (son parole del verbale) *da diversi di essi*, *che tentavano levargli il fucile*, *percuotendolo con de' colpi violenti*, *e con un ronchetto alle mani*, *profittando che il guardia Raffaele Pagano si difendeva a stenti dagli altri aggressori..... il quale si svincolò da coloro che l' insidiavano*, *e corse ad aiutar l'altro*; *ma uno de' contravventori gli si avventò al fucile*, *che sullo scambievole tirare scattò da sè*, *e l'aggressore rimase estinto..... A tal atto gli altri aggressori si diedero a precipitosa fuga*, etc. etc. Nella formazione di tal processo-verbale fu presentato al ricevitore, e riconosciuto, il sacchetto che dicevasi rin-

venuto presso il cadavere. — Il verbale conteneva la dichiarazione di tre guardie, due che s' imbatterono ne' gendarmi, e l'altro di cui lor esse parlarono.

8. L' instruttore nel dì seguente (13 nov.) esaminò molti testimoni che all' ora appunto dell'avvenimento passavano presso quel luogo, i quali dissero aver udito tre colpi di schioppo, ma non grido di arresto in nome del Re, non risposte di risentimento e di oltraggio, nè scalpitar di uomini, nè frastuono di lingue, nè rumore di contenzione alcuna: solamente distinsero un grido lamentevole come di persona ferita, e superbi insulti del feritore. Niun altro videro fuggire, nè transitare per quei luoghi.

9. I tre individui della forza doganale autori del verbale vennero arrestati e sottoposti a legittimo stato di accusa; *Raffaele Pagano* per omicidio volontario, e gli altri due per falsità del verbale, qualificato *pubblica scrittura*. Niuna eccezione si produsse nel termine de' cinque giorni avverso la sottoposizione a quest' accusa.

10. E niuna se n' è prodotta nel corso dell'altro termine, nè della pubblica discussione. Solamente avverso il capo di accusa di omicidio volontario, si è proseguita dall' accusato l' eccezione dedotta fin dal principio, della necessità della legittima difesa verso contrabbandieri resistenti, e della casualità del colpo. La gran-corte l' ha rigettata; e l'uccisore *Raffaele Pagano* è stato dichiarato colpevole di omicidio volontario, ed oltre a ciò della falsità del verbale. Degli altri due, uno è stato liberato, perchè non è ben constato di essersi trovato presente all'avvenimento: anzi de' tre colpi di schioppo de' quali si parlò nell' instruzione, non è constato chiaramente che lo scoppio d' un solo. Perciò il soldato doganale che di certo era stato presente all' avvenimento, è stato dichiarato colpevole della falsità del verbale. Il terzo che

riferì nel verbale ciò che gli altri due gli avean detto, nemmeno della falsità è stato chiarito colpevole.

11. Ecco la serie di tutti i fatti necessarii alla disamina del ricorso. — Questo è diviso in due serie di motivi per annullamento: la prima riguarda l'omicidio; la seconda la falsità del verbale; e tutti si fondano sull' indole particolare della giurisdizione penale ne' reati che non possono giudicarsi senza esaminare il valore de' verbali degli agenti de' dazi indiretti. Ragioniamone partitamente.

SEZ. II.

Motivi che attaccano la dichiarazione di omicidio volontario.

12. *Primo motivo.* — Violazione degli art. 4, 5 e 6 della legge de' 20 dicembre 1826.

Art. 4. *Il reato che potrà esser commesso in unione del contrabbando o della contravvenzione, rientrerà nelle disposizioni e nelle competenze delle leggi penali.*

Art. 5. *Il ricevitore redattore del verbale sarà nell' obbligo di farne immediatamente rapporto all' uffiziale della polizia giudiziaria nella cui giurisdizione il reato sia avvenuto.*

Art. 6. *Qualora il reato sia talmente connesso al contrabbando o alla contravvenzione, in guisa che la pruova dell' uno sia una conseguenza della pruova dell' altro, o viceversa, in questo caso non potendosi scindere le azioni, l' affare sarà rimesso al giudice competente del reato. Questi pronunzierà ne' termini della sua competenza; ed* ASTENENDOSI D' INTERLOQUIRE SUL CONTRABBANDO O CONTRAVVENZIONE, *invierà l' affare al giudice de' dazi indi-*

retti, che pronunzierà sull' azione civile o correzionale che compete all' amministrazione.

Ma secondo il verbale compilato a 19 ore del dì 12 di novembre (§ 7) noi (dicono i ricorrenti) avremmo in unione al contrabbando un reato di resistenza alla forza pubblica, ed un omicidio descritto con la duplice attenuante della impugnazione legittima del l'arme mortifera, e della involontarietà nello scattare che fè questa. Dunque la gran-corte dovea pronunziare sulla resistenza e sull'omicidio, ed astenersi d'interloquire sul contrabbando. Ma invece d' inviare l'affare del contrabbando al giudice de' dazi indiretti, ne ha egli principalmente preso ragione. Dunque eccesso di potere, non che nullità.

13. Tutta la forza di questo motivo sta nella intelligenza delle parole, *astenersi d'interloquire*. Se il verbale delle guardie doganali formava tutta la loro difesa, e se in questo la causale dell' omicidio prendeva capo dal contrabbando, stolta cosa sarebbe il pretendere che si fosse ammessa o esclusa la difesa de' rei senza nominare il contrabbando. *Non interloquire* dunque non può intendersi nell' art. 6 nel senso volgare di *non intervenire affatto a parlare di alcuna cosa con altri*. Se i rei volevano che si prendesse ragione della loro difesa, di necessità dovea ragionarsi del contrabbando. Che diremo quando il reato sottoposto alla giurisdizione ordinaria è per l'appunto la falsità del verbale?

14. *Interloquire* nell'art. 6, è *giudicare in fatto* (1). L' ultima parte dell'art. è fondata sull' ipotesi della veracità del contrabbando, ma attestato da un processo-verbale verace, sì che il contrabbando sia una

(1) *Si iudex ita interlocutus sit:* VIM FECISTI. L. 32, D. XLVIII, 20, *de poenis*.

parte della pruova nell' altro reato, o confermi la fede del verbale. In questo caso la gran-corte, giudice del reato di cui è competente, non solo non è impedita a parlare del contrabbando, ma ne trae i motivi del suo convincimento, e poscia rinvia il giudizio dell' azion civile o penale dell' amministrazione al giudice de' dazi indiretti. E così avrebbe dovuto fare, se avesse aderito alla difesa de'rei. Ma quando, esclusa questa, dee giudicarsi la falsità del verbale, e non si tratta più del nesso tra il contrabbando e l' altro reato, ma della favola del contrabbando messa in mezzo per rendere impunito l' altro reato, non vi ha luogo più all' applicazione dell' art. 6; e giudicato falso il verbale, e falsa la difesa del contrabbando, sarebbe stato assai strano il rinviare ad altro giudice il *giudizio di contrabbando*. Il *rinvio* è sempre sotto la condizione, *se vi ha luogo*. Il mezzo dunque non regge.

15. Nè di miglior tempra è il *secondo*, il quale si fonda su d' una sentenza del giudice de' dazi indiretti del dì 17 di novembre, *a carico di conduttori ignoti*, sentenza che *dichiara confiscati a benefizio dell' amministrazione generale de' dazi indiretti li rotoli* 18 *zucchero in polvere*, *valutati in tutto* d. 3. 60, *sorpresi in contrabbando*; *ed ordina conservarsi gli atti in archivio sino allo scovrimento de' rei per l' applicazione delle altre pene*.

16. Imperocchè non può passarsi in silenzio, che avendo i ricorrenti già opposto col primo lor motivo l'art. 6 della legge de'26 dicembre 1826 (§ 12), eglino stessi han riconosciuto, che nella causa presente non poteva il giudice de' dazi indiretti pronunziare, se prima la gran-corte criminale non avesse deciso de' misfatti connessi al contrabbando, e non gli avesse rinviato l' affare. Giudicando dunque così precipitosa-

mente, egli ha violato il detto art. 6, *et supra iurisdictionem suam ius dixit* (1).

17. In secondo luogo era troppo noto nel dì 12, quando fu compilato il verbale (§ 7), che il conduttore dello zucchero non era altri che l'ucciso *Fariassi*. A' termini dunque dell'art. 25 della stessa legge dovea rilasciarsi il verbale al di costui ultimo domicilio, ov'era la moglie, tutrice di dritto de' suoi figli ed eredi. Il dire nella sentenza, *a carico di conduttori ignoti*, sarebbe contrario, se il verbale fosse stato vero, ad un' evidenza di fatto, e contravverrebbe all'art. 25.

18. In terzo luogo l'art. 24 della stessa legge prefigge il termine a comparire *tra giorni cinque colla continuiazione, oltre di tanti altri giorni per quante venti miglia il fondaco o l'officina doganate distano dal luogo ove risiede il giudice.* Il fondaco e l'officina ove fu scritto il verbale, erano in Teramo, il giudice in Nereto. Siavi la distanza di venti miglia, oppur meno, le distanze incomplete debbono sempre valutarsi per un giorno (2). Erano dunque necessarii cinque giorni liberi dopo il 12 giugno, ed uno di più per la distanza. La sentenza dunque non poteva esser pronunziata prima del dì 19. Ma si è pronunziata nel dì 17. Dunque si è manifestamente violato il detto art. 24, se pure non si è agito così frettolosamente per intorbidare il giudizio criminale. — Ed ancorchè fossimo nel caso d'un contravventore ignoto, non mai la frase, *rei ignoti*, doveva essere adoperata nella citazione affissa; perchè l'art. 25 statuisce: *la citazione sarà fatta in termini generali a tutti coloro che possono essere interessati*;

---

(1) L. 20, D. II, 1, *de iurisdictione.*
(2) V. nel vol. 4 di queste *Quistioni* il n. VIII, § 4.

nè può disconvenirsi che non solamente i rei della contravvenzione erano interessati in questo verbale, ma la moglie dell'ucciso, ma i figli, ma il pubblico intero, e lo stesso augustissimo Principe rappresentato dal suo proccurator-generale, onde la vita e le proprietà de' sudditi suoi non sieno capricciosamente manomesse dagli agenti della forza pubblica, instituita per garentirla. — Oltre a ciò, trattandosi di azione per condanna minore di ducati dieci, dovea darsi per l'art. 26 un termine doppio, subordinato alla condizione, *qualora il contravventore si opporrà al verbale*. Tante sono le forme, delle quali provvida la legge circonda questi giudizii, ond'evitare la sopraffazione e l'intrigo! Tutte però sono state violate con questa strana precipitazione del giudice de' dazi indiretti.

19. Dopo di ciò, cosa diremo dellla querela contro la decisione, per aver dichiarato che il contrabbando era *creato e supposto*, mentre il giudice de' dazi indiretti lo avea già dichiarato avvenuto? Contrarietà di giudicati, esclama il ricorrente, e perciò violato l' art. 1305 delle ll. cc.

20. Primieramente la ragione dell'azione nell'uno e nell'altro giudizio non è la stessa, nè fondata su'medesimi motivi, nè lo stesso è l' attore, nè gli stessi e con la stessa qualità i rei convenuti. Secondamente questa eccezione della cosa giudicata non fu dedotta mai innanzi al giudice del merito, nè può la corte suprema osservare se una quistione di eccezion perentoria sia stata trattata secondo la legge, quando ella non è stata affatto trattata. Anzi quella sentenza non fu messa dalle parti nella lista de' documenti, e perciò non poteva formare oggetto di discussione, nè nel giudizio dell'omicidio fu mai letta nè discussa. Il documento che venne indicato nella *no-*

ta de' testimoni, fu il *verbale di contrabbando compilato dagl' imputati, guardie doganali* : e questo solo fu letto in pubblica discussione ; nè contro tal documento si oppose mai la novazione operata dal preteso giudicato , il quale non fu guardato dalla gran-corte nella discussione pubblica , e molto meno nella decisione.

21. Non m'intrattengo sugli altri *motivi*, che assumono mancante di motivazione la volontà di uccidere , e non discussa l'eccezione d'essere stato l'omicidio colposo. Basta leggere le non brevi , ma lucide , ordinate e precise considerazioni della gran-corte. Il solo fatto di essersi vibrato il colpo, non in colluttazione, non di faccia a faccia con l'ucciso, ma alla distanza di dieci in quindici passi, ed alle spalle (§ 5), toglie di mezzo ogni caso fortuito in atto di resistenza armata , e l'attuale necessità di legittima difesa : questo solo stabilisce la volontà determinata ad uccidere. È singolare il leggere nel motivo : *se ne togli la distanza e il sito della ferita , tutto il dippiù son mere supposizioni*. Ma quella *distanza* per l'appunto e quel *sito* non possono togliersi, tranne il caso che si tolga di mezzo anche l'omicidio : il giudizio della gran-corte deriva da fatti permanenti , come deriva da questi, che il piombo mortifero produsse la morte. Ma qual fu mai la causale di volontà così iniqua? L'ingenita malvagità del colpevole, il disprezzo della vita degli uomini , un falso principio di vile bravura , la fiducia della impunità , anzi del premio per uno zelo mentito che si cerca testificare con immaginate aggressioni e col sangue di uomini innocenti ed inermi , ecco le cause ree di un misfatto , tanto più grave, quanto più cerca corrompere, col mezzo della falsità, la giustizia nella parte più sacra del suo tempio. E se queste non furono le cause, chi può tutti

trascorrere i fini de' malvagi (1)? La gran-corte non doveva incaricarsi che delle causali esposte da' rei, e le ha trovate mendaci. Il fatto permanente dimostra, che qualunque ne fosse stata la causa motrice, vi fu volontà di uccidere, e con volontà di uccidere si uccise. Ciò solo esige la legge. È un giudizio di fatto che non cade sotto la censura della corte suprema.

Sez. III.

Motivi che attaccano la dichiarazione della falsità del verbale.

22. *Primo motivo.* — L'azione penale di falso, dicono i ricorrenti, era già prescritta all'epoca in cui il ministero pubblico l'ha instituita con la sua accusa; perchè il termine che dà la legge ad esercitarla, è di soli cinque giorni dalla citazione. Ma qui il contravventore non si è inscritto in falso nel termine prefisso. Dunque si è contravvenuto agli art. 34 a 38 della detta legge de' 26 dicembre 1826.

23. Dopo ciò che abbiam detto, la risposta a questo motivo è assai facile. Il termine de' cinque giorni comincia, per l'art. 25 e per l'art. 37, dal giorno della notificazione, o della legale affissione del verbale con la citazione. Abbiam dimostrato che ciò non si è fatto mai per tutti coloro che potevano essere interessati nel preteso contrabbando, secondo detta il citato art. 25 (§ 17). Dunque il termine de' cinque giorni non solo non era trascorso quando si produsse dal

(1) V. nel. vol. 4 di queste *Quist.* il n. XI, § 9 e segg.

ministero pubblico l'accusa di falso, ma non era ancor cominciato. — Nè deve obbliarsi la querela della vedova dell' ucciso nel dì medesimo che si compilò quel verbale, querela che si fondava sulla falsità dell' accusa di contrabbando. L' instruzione fin da quel giorno fu compilata, e per l' omicidio, e per la falsità. L' *inscrizione in falso* di cui parla la legge, non è che la querela di falso, a'termini dell' art. 38, ben diversa dall' ammessione dell' accusa di cui ragiona l' art. 41 (1). Che se la vedova nella sua dichiarazione non disse nominatamente: *querelo di falso il verbale de' 12 novembre*, la colpa è di chi doveva notificare il verbale al di lei domicilio, ch' era quello del contravventore già ucciso, e no 'l fece, contento all' affissione, non contro gl'interessati noti, ma contro i rei ignoti. Ella però dalle voci che se n' erano sparse, raccolse che il marito era accagionato di contrabbando; e disse abbastanza, quando disse falsa l' imputazione, ch' era la sostanza del verbale.

24. Ma tutto ciò è vano, quando si tratta delle facoltà e de'doveri del pubblico ministero. Non è forse reato, la falsità del verbale d' un agente de' dazi indiretti? Ed ogni reato dà luogo per se all' azione penale, la quale è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente al pubblico ministero. In alcuni reati l' azione penale non può esercitarsi senza instanza di punizione della parte privata; ma niun art. di legge ci dice, che l' instanza privata del contravventore sia indispensabile per eccitare l' azion penale di falso nel pub. ministero contra un verbale degli agenti de'dazi indiretti. L' art. 37 statuisce, che *qualora non sieno prodotte opposizioni della parte tra cinque giorni dalla notificazione, i processi-verbali per frodi non*

---

(1) V. nel vol. 4 di queste *Quist.* il n. VI.

eccedenti i duc. dieci, *diverranno* CONTRO ALLA PARTE MEDESIMA, *senza necessità di sentenza*, *tanti titoli esecutivi*, *e non oppugnabili*. Ecco tutto quello che dice la legge, ma contro la sola parte contravventrice. Dice forse che ciò sia anche contro il ministero pubblico, e contro ogni altro interessato non notificato? Se valesse l'argomento de' ricorrenti, un verbale contro *rei ignoti*, compilato fraudolentemente per salvar dalla multa e dalle altre pene contrabbandieri noti e certissimi, sarebbe sempre un titolo autentico e non oppugnabile a danno dell'amministrazione, perchè il reo ignoto non si è presentato fra i cinque giorni, nè ha impugnato il verbale. E titolo autentico e non oppugnabile sarebbe, quando essendosi sorpreso un ingente contrabbando, se ne sia rilasciata per prezzo la massima parte, e siasi formato solamente il verbale non oppugnato, anzi consentito da' contravventori, per frode lievissima di pochi carlini: il ministero pubblico presso la giustizia penale non potrebbe agire da sè, nè per querela dell'amministrazione. Ma il ministero pubblico non è mai allontanato nè forchiuso del suo dritto che per la prescrizione ordinaria: egli può, egli deve perseguitar sempre il falsario: il verbale, come la sentenza che ne può derivare, è *res inter alios acta*. Guardiamoci, o SIGNORI, anche nell'interesse del real tesoro e dell'amministrazione, guardiamoci bene di seguir le massime de' ricorrenti; perchè ora potrebbero queste salvare due scellerati; ma da noi secondate, darebbero anza a' malvagi di transigere sempre il lucro grande con la piccola perdita, e quando il contravventor favorito non sia sì balordo da richiamarsene fra i cinque giorni, si convertirebbe in dritto inconcusso il danno immenso dell'erario e del pubblico.

25. All'incontro se il verbale godesse di que-

sto privilegio di dover essere tenuto anche innanzi alla gran-corte criminale, anche nell' interesse dell' amministrazione, anche nell' interesse del pubblico ministero, qual titolo contro di cui niuna pruova è ammessa, perchè i rei nol dedussero a tempo? N n l'azione pubblica, ma la loro pretesa facoltà di opporsi è prescritta in forza dell'ultima parte dell'art. 330 pr. pen.

26. Gli altri *motivi* di *annullamento* poggiano su due proposizioni contraddittorie fra loro: la gran-corte, dicono in un lor *motivo* i ricorrenti, non poteva non prestar fede ad un verbale degli agenti de' dazi indiretti, sul quale non è dato al giudice esercitare affatto l'arbitrio di sua credibilità; e la falsità d'un verbale sì fatto, dicono in un altro, è falsità di scrittura non certamente, come la gran-corte l'ha dichiarata, autentica e pubblica. Contraddizione manifesta, perchè se quegli agenti sono ufiziali autorizzati ad attribuire la pubblica fede a' loro verbali fino ad inscrizione in falso, i loro verbali sono atti autentici (1); e non perdono questo privilegio, diventando scrittura privata, che o per l' incompetenza o incapacità dell' ufiziale, o per un difetto di forma, quando però sieno stati sottoscritti dalle parti (2). Or il verbale di cui ci occupiamo, non fu sottoscritto dalle parti, e se fosse vero, non potrebbe certo esser attaccato di vizio d' incompetenza o d' incapacità dell' ufiziale, nè di vizio di forma: *si adulterinum non esset, veruntamen recte factum diceretur* (3). Ed i condannati sostengono, che il suo privilegio e gli effetti sono gli stessi di qualunque altro atto autentico.

27. E non è già che per ciò si renda inefficace in

(1) Art. 1271 ll. cc.
(2) Art. 1272 ll. cc.
(3) L. 6, D. XLVIII, 10, *de falsis*.

questi atti l'art. 292 della proc. penale. Gli atti autentici e le presunzioni stabilite dalla legge vi sono rispettate, come vi è rispettata ogni altra definizione di legge. È un fatto p. e. l'arme vietata: ma tosto che il giudice si convince che un istrumento ha il tale e tal carattere che per legge ne fa un'arme vietata, la sua convizione ch'ella non è arme vietata, è per l'art. 327 pr. penale un errore nell'applicazione della legge. Così avviene nella cosa giudicata, la quale *est quid facti*, cui la legge attribuisce una presunzion legale di verità per ciò che statuisce fra le parti.

28. Ora ciò che nelle leggi civili è prescritto per tutti i titoli autentici, va d'accordo con l'art. 34 della legge 20 dicembre 1826 per questi verbali. Le forme ne sono indicate negli art. precedenti. Qualunque manchi di esse, cessa il privilegio della pruova, e la cosa si riduce ad un processo-verbale comune di qualunque ufiziale di polizia giudiziaria, il quale può indurre certezza de' fatti che vi sono attestati, e può anche non indurla. Ma quando il verbale è dichiarato falso a'termini dell'art. 287 delle leggi penali, ovvero a'termini dell'art. 288, qual è il caso presente, questo è un misfatto contro la fede pubblica; e sarebbe stolto il dichiarare esistente il contrabbando, mentre il verbale è falso appunto perchè il contrabbando è supposto; e più stolto il dichiararne vere le circostanze, non che la sostanza, mentre il verbale è falso appunto perchè gli autori di esso hanno fraudolentemente disnaturato la sostanza e le circostanze del fatto, scrivendo cose diverse da quelle che sono avvenute, e dichiarando veri fatti falsi, e fatti riconosciuti quelli che non lo sono.

29. Parmi dunque che la gran-corte abbia seguito scrupolosamete la legge quando, dichiarato falso il verbale, ha applicata al reo la pena delle falsità

degli atti autentici, o sia delle scritture pubbliche; e che abbia seguito il senso comune, non che la legge, quando ha stabilito il suo convincimento su'fatti veri della causa, non su' fatti falsi dichiarati nel verbale. — Dimando perciò il rigettamento del ricorso (1).

XVI.

*Comento della prima parte dell'*art. 293. — *Primo esempio: motivazione della dichiarazione di stupro violento.*

Signori (2), *le sentenze saranno motivate nel fatto e nel dritto*, dice l'art. 219 della l. organica. *Motivo* è voce di assai ampio significato, *cagione*, *occasione*, *impulso* (3); e qui è propriamente *ciò che muove a decider così*, *il perchè*, *la ragione*. La nostra prammatica del 1774 ordinava, che *qualunque tribunale spieghi la ragione di decidere, o sieno i motivi su' quali la decisione è appoggiata*. Questa legge antica ci dà la spiegazione del senso della nuova (4).

2. La legge organica delle giurisdizioni è legge d'*ordine pubblico*. Dunque nelle decisioni o sentenze la mancanza assoluta della motivazione è nullità

---

(1) Così è stato deciso.

(2) Nella causa di *Donato Ciarallo*, 9 luglio 1832, Camerano comm., Nicolini m. p.

(3) *A movendo*. — E quando, come qui, è sostantivo, è *causa*, *origo*, *occasio*, *ratio*, *impulsus*; quando è aggettivo, come è in *ragion motiva*, è *ciendi vim habens*, *excitativus*.

(4) L. 27 et 28, D. I, 3, *de legibus* — V. la nostra *Pr. pen.* I, 242, ove la prammatica è riportata per intero. — V. in queste *Quistioni* il n. I del vol. 3.

d'ordine pubblico. Ma se il legislatore fosse stato contento a quell'art. 219, basterebbe il più breve consideramento di fatto, tratto dal processo, onde motivare la dichiarazione di reità (1). Tale è la motivazione delle decisioni interlocutorie, ove la *ragion di decidere*, o sia *lo 'mperchè*, può esser remissivo a qualunque documento, a qualunque dichiarazione, a qualunque atto della instruzione, senza bisogno di trascriverlo.

3. Ma il legislatore nelle definitive non si è arrestato a quella prescrizion generale. Le ll. di proc. le han dato forma. Esse in prima prefiniscono il metodo di ripartire e distinguer la causa nelle sue quistioni (2). Poscia con la prima parte dell'articolo 293 pr. penale vien detto così: *il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, debbe essere espresso a pena di nullità.* Ed ecco particolareggiate le due forme essenziali di ogni decisione definitiva: le altre vengono appresso; ed il germe di tutte è nella legge organica, non che in questa prima parte dell'art. 293, ove per conoscerle, convien esaminare ad una ad una tutte le sue parole.

4. *Quistioni.* — S'ella è di fatto, dev'essere presentata con le parole stesse della ipotesi delle legge; *Consta che l'accusato abbia commesso stupro violento?* Ma *stupro violento*, come *omicidio premeditato*, *falsità in scrittura pubblica ed autentica*, etc. etc., sono nomi di legge, rappresentanti ciascuno un concetto astratto e generale: la *risoluzione* di tal *quistione* nella causa, non è altro che dichiarare che l'accusato co' suoi fatti particolari è caduto precisa-

(1) V. *supra* il n. XII, ed *infra il* XXI, e più particolarmente le *avvertenze preliminari* che precedono il n. XII.

(2) *Causam partiri* degli antichi. — Art. 273 e segg. pr. pen.—V. la nostra *Pr. pen.* I, 736, III, 1032, 1049, 1084.

mente, cioè a dire nè più nè meno, in ciò che la legge assume qual tipo generale, ritratto con una di quelle sue frasi. Da' fatti adunque particolari deriva la risoluzione della quistione generale, e questi fatti debbono esprimersi a pena di nullità. È appunto quello che disse Alfeno: *in causa ius positum* (1), o sia *ius in facto, et facti cognitione est positum* (2).

5. Per far ciò esattamente conviene in prima discernere quante idee meno generali e più semplici compongano quella ipotesi della legge, cosa la di cui necessità non abbisogna di dimostrazione. Ella sembra al volgo assai facile: ma *hoc opus*, *hic labor*. E pure vi si presta sì poca attenzione, che suol corrersi al fatto senza guardare a quali circostanze precise debba rivolgersi l'attenzione. Di tutti gli annullamenti che voi pronunziate, nove decimi derivano da questa inavvertenza.

6. Decomposta che siasi con sì fatta analisi la proposizion generale della legge, allora per ciascuna delle idee elementari di tal proposizione, è necessario che si esprima un fatto dell'accusato che ne avveri a suo carico il concetto. Quindi alla motivazione è data comunemente la frase di *fatti elementari*, e l'altra men propria di *fatti semplici* (3).

7. E da ciò deriva che la risoluzione della quistione di reità, è in parte *quistione di dritto*, in

---

(1) L. 52, § 2, D. XI, 1, *ad legem aquiliam*.

(2) Goth. *ad hanc legem*.

(3) La diciam frase *men propria*, quando alla parola *semplice* voglia darsi la significazion comune di *schietto*, *puro*, *senza mistione*. Ma non vi è fatto che non abbia alcun che di composto, e compostissimi fra tutti sono i fatti giudiziarii, i quali risultano non solo dal detto altrui, ma anche dalle induzioni, spesso assai complicate, e dalla estimazione del giudice. V. nel *Suppl. alla collezione delle ll. serie crim.* n. 40.

parte *quistione di fatto*. Ella è *quistione di dritto* in quanto che ricerca gli elementi che compongono l'idea generale ed astratta dalla legge; o sia le sue condizioni le quali sono la *maggiore* del sillogismo giudiziario; condizioni che si riuniscono nella *conseguenza*, ch'è la stessa che la *dichiarazione di reità*, o sia la *definizione del reato accusato*. È poi *quistione di fatto* in quanto che tra il numero indefinito de' fatti reali possibili i quali includono le condizioni di quella idea astratta, si scelgono quelle appunto che le includono effettivamente; ed in ciò sta la *minore*. Operazione analitica è la prima; sintentica è la seconda: la prima *legis auctoritati reservatur*, la seconda *in arbitrio est iudicantis* (1).

8. Nella motivazione adunque non si fa altro che esprimere tutti gli elementi e le condizioni del concetto generale ed astratto dalla legge, verificati in realità nel fatto di una causa. Una che si trascuri, ovvero non si esprima con precisione (2), il sillogismo è difettivo; e se si dichiari avverata quella ipotesi, mentre manca nel fatto una o più delle sue condizioni, la legge è violata, ed il difetto della motivazione, quale è prescritta dalla legge di procedura, si risolve in violazione del testo espresso dalla legge penale (3).

9. Or applicando queste teorie alla causa, il ri-

---

(1) L. 1, § 4, XLVIII, 16, *ad s. c. turpill.* — Art. 392 pr. pen.

(2) E deve esprimersi nel modo stesso e con le parole stesse dell'art. penale. Il dir dunque p. e. *consta, che Giuseppe Mellone è colpevole a' termini dell'art.* 463 *ll. penali*, è formola insufficiente, e dev' essere annullata. Arresto del 25 luglio 1836, *G. Mellone*, DE LUCA comm., NICOLINI min. p.

(3) Arresto del 2 settembre 1836, nella causa di *Vincenzo Zarrella* e *Giuseppe Follo*, MONTONE comm., NICOLINI m. p., annullamento nell'interesse della legge.

corrente è stato dichiarato colpevole di *stupro violento*. Questa frase rappresenta un concetto astratto e generale di un fatto fra due individui, nel quale la violenza che parte dall' uno, sia causa unica ed efficace della pazienza forzata dell'altro; in cui, cioè a dire, chi patisce non solo in nulla coopera, ma ripugna e resiste con ogni suo sforzo a colui che opera: il che è quello che con frase aristotelica disse il grande restauratore della italica filosofia, *quando quel che pate, neente conferisce a quel che sforza* (1).

10. E la nostra legge penale distingue in due principali specie questa ipotesi generale. La prima è s' ella avvenga sorprendendosi chi sia *fuori di sensi* nè possa resistere; la seconda se avvenga usandosi d' una forza fisica effettiva e prepotente che vinca chi vi rilutta (2). Si accosta al primo caso per disposizione espressa di legge lo stupro ne' minori d' anni dodici sempre, e nei minori d'anni sedici sol quando lo stupratore sia lor tutore, institutore, direttore: si accosta per giurisprudenza al secondo. quando si cede per quel terrore che abbatte, non che una femminuccia, ogni uomo di ordinaria costanza: *Tarquinius sum; ferrum in manu est; moriere si emiseris vocem; cum mortua iugulatum servum nudum ponam, ut in sordido adulterio necata dicaris*. Qual colpa in se la bella donna avea, se l' uom brutale *terrore vicit ostinatam pudicitiam, velut victrix libido* (3)?

---

(1) Dante, Par. IV, 71.

(2) L' art. 339 contempla il primo caso; l' art. 333 e l' art. 341 contemplano il secondo.

(3) Liv. I, 58. — Ma S. Tommaso: *quae per metum aguntur mixta sunt, et magis voluntaria quam involuntaria.* — E S. Gregorio: *ad id quod agitur per metum, voluntas timentis aliquid confert.* Se non che siccome quest'

11. Ed è sì forte la volontà della legge di dover essere la violenza in questa specie di reati inerente all' atto turpe, e sola sua causa efficace, che mette gran differenza tra *fatto violento* per se stesso, e *fatto accompagnato da violenza*. L' accompagnamento può disegnare anche una violenza immediatamente posteriore, che non sia stata causa del fatto (1). Nello stupro la legge diffida delle conclamazioni e delle lagrime d' una donna che cerchi fare il solo uomo reo di una incontinenza comune, onde con queste tristi arti, e non nuove, guadagnarne l' anello nuziale, o trarne il prezzo d' una rimessione; e perciò vuole che la violenza non sia macchinale, come l' urto che in un bigliardo si dà ad una palla, la quale cede e va per la direzione che le s'imprime, ma quella che superando una resistenza intelligente, e determinata, ed armata di tutte le sue forze, sia il principio e il compimento dell'atto. Se la violenza ingiuriosa è posteriore, non è più violento lo stupro, perchè se questo fu commesso in persona volente, la quale non contraddisse al getto di ciò ch' esserle doveva più caro, la violenza ricade nella sua imputabilità ordinaria, tranne il solo caso, quando sia stata una continuazion feroce di quella che si è usata stuprando (2).

---

aliquid non è conferire *operando*, una semplicemente *non respingendo la forza*, onde evitare un male peggiore, così (prosegue S. Gregorio) *magis involuntarium est*, *quam voluntarium*.

(1) Come pe' furti per l'art. 408 e 418 e segg. II. pen.

(2) Art. 341 e 342 II. pen.—In ordine alla continuazione degli atti violenti nello stupro, fu presentato alla corte suprema il caso seguente Una giovinetta che per una strada pubblica di campagna camminava sicura, fu aggredita da un reo uomo, accompagnato da un altro, ma senza che costui aggredisse egli pure, e tratta con violenza usata da quel solo in un

12. Ora stabilite queste condizioni dello stupro violento, vediamo come la gran-corte giudicatrice le ha trasportate alla causa. Ella parla delle voci lamentevoli udite là presso, quando la donna era già risorta: ci dice che all' udir queste l' accusato la minacciò se proseguiva: aggiunge poi che costei era tenuta nell'opinione pubblica per *alquanto demente*. Ecco quale è tutta la sua motivazione. Ma in primo luogo io domando: la decisione tien costui per stupratore violento, perchè la donna non era nel libero stato *di chi del senso suo fosse signore* (1)? ovvero perchè conscia ella del bene e del male, resistendo con tutta la forza al malvagio, ne venne suo malgrado espugnata? L' una ipotesi è in contraddizione dell' altra. Non sentir affatto, e sentir

---

eminato, venne, benchè con le forze tutte resistente, contaminata da lui. Tosto gli subentrò quel compagno, il quale ne abusò ugualmente. La gran-corte dichiarò entrambi convinti di stupro violento, e li condannò alla pena della legge. Ne ricorse il secondo, dolendosi che in rapporto a lui niun fatto suo proprio di violenza fisica si leggeva mentovata nella decisione. Ma la corte suprema osservò, che non per blandizie, non per persuasive, nemmeno per petulanza innocua era giunto anche costui all' impuro suo fine; ma che la donzella, già quasi svenuta innanzi a lui, e non uscita mai dalla sofferenza continua d' una violenza fisica ed improvvisa, e senza che avesse potuto dopo il primo attacco rifarsi e sorgere in piedi, da lui che per umanità e per religione doveva esserle di aiuto, sofferse immediatamente il secondo; fatto in cui la perdita cui ella soggiacque di ciò che aveva di più caro, non fu men grave del modo brutale onde vi soggiacque, quando per la presenza e l' azion successiva de' due, si fece un più contumelioso oltraggio al suo pudore, quasi che ella fosse una vil meretrice. Così fu rigettato il ricorso. Arresto del 3 agosto 1832, nella causa di *Vincenzo Fiorillo*, Cammarano comm., Nicolini m. p.

(1) Ariosto, I, 56.

tanto, *insiem non puossi*, *per la contraddizion che no 'l consente*. Anzi incerta la gran-corte tra l'una e l'altra posizione, parla di quei lamenti e di quelle minacce posteriori, ma non ne trae alcuna induzione, che colei ripugnante e resistente fosse stata vinta dalla forza. Non esprime dunque il fatto di violenza nell'atto turpe, e lascia questa condizione di una delle due ipotesi della legge (§ 10) priva di motivazione. Parla poi della semplicità di lei e della *debolezza d'intelligenza*, *facile ad esser sopraffatta*, ma non ne trae la conseguenza d'esser ella in tale stato d'imbecillità o demenza da soffrir tutto senza accorgersene, se non dopo la sventura. Lascia dunque ugualmente senza motivazione la condizione essenziale dell'altra ipotesi.

13. Nè dee preterirsi, che tanto la gran-corte credette lo stupro consumato senza violenza, che invece di conchiudere: *consta che D. C. abbia commesso stupro violento*, conchiude: *consta che abbia commesso stupro accompagnato da violenza*. Ma le parole della dichiarazione di reità non possono esser altre che quelle stesse delle quali fa uso la legge. Ne' furti l'art. 418 suppone questi accompagnati da omicidio, e tal reo accompagnamento può essere anche immediatamente posteriore. Ma nella causa di cui ci occupiamo, dev'essere la violenza inerente al fatto, perchè senza violenza vera questo sarebbe una immoralità, un atto vergognoso, un peccato turpe, uno scandalo, non un reato.

14. Nè può dirsi la decisione semplicemente *mal motivata*, sì che disapprovato il motivo, potesse rigettarsi il ricorso. Non vi manca il fatto (1), ma non

(1) Se il fatto mancasse in tutto, allora la nullità sarebbe d'*ordine pubblico*. Così p. c. *Atteso che nel fatto non concorrono gli estremi della frode, non vi e luogo a spedizio-*

vi è espresso in modo che ne derivi la risoluzione della quistione. È dunque apertamente violata la prima parte dell' art. 293. Domando perciò che la decisione venga annullata (1).

---

ne di mandato di arresto, e le parti si provveggano innanzi a' giudici civili. Questo non è *motivare*, ma è un *idem per idem* (V. *supra* n. XII). Arresto 9 giugno 1841, *Mich. Attumonelli*, Longobardi comm., Nicolini m. p., Fed. Castriota - Scanderbeg avv.

(1) Così venne deciso. — Niuna decisione definitiva è eccettuata dalla regola dell'art. 293, ancorchè pronunziata prima o nel corso della pubblica discussione. — *Non vi è luogo a procedimento, nè a querela*: se questa formola vien pronunziata nel corso della instruzione per l' indole stessa del fatto querelato, il quale dato per vero, non conterrebbe reato, la decisione deve esprimere questo fatto: e se vien pronunziata per difetto di pruova, ciò non può farsi, se non dietro una instruzione, ed esprimendo il perchè sia mancata ogni probabilità di poterla proseguire con frutto. Arresto del 5 settembre 1835, nella causa di *Carlo Sementini*, Longobardi comm., Nicolini m. p., annullamento nell' interesse della legge. — Nelle cause di ricusa, è similmente necessario esprimere il fatto da cui deriva lo scioglimento della quistione. Arresto de'26 febbraio 1836, nella causa di *Niccola Rotondo*, Montone comm., Nicolini m. p. — Lo stesso è nelle decisioni di competenza. Arresto del 5 settembre 1832, nella causa di *Domenico Laregna*, Longobardi comm, Nicolini m. p. ed arresto del 14 novembre d. anno, *Francesco Miceli*, Celentano comm., Nicolini m. p. — *Atteso che da' sopraddetti fatti che indicano il concorso di più persone nel medesimo fatto, risulta chiara la complicità*, non è *motivare*, perchè la legge disegna in caso di cooperazione due gradi di complicità, ed è dovere del giudice estimare i fatti in modo, che nella dichiarazione di reità si attribuisca a' rei il grado che lor compete. Arresto del 23 luglio 1832, *Pasquale Rizzo* ed *Antonio Miele*, Montone comm., Nicolini m. p. — Ove nella dispositiva si escluda il benefizio dell' art. 391 ll. pen. nelle percosse volontarie con arme impropria, le quali han poi prodotto la morte, non può dirsi motivata la decisione, se non esprima che il percussore potea prevedere le conseguenze funeste del suo colpo. Arresto del 17 settembre 1832, *Gaetano Giliberti*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — V. n. XII, vol. 2.

XVII.

Continuazione del comento della prima parte dell' art. 293. — Secondo esempio : motivazione della dichiarazione di stupro violento nel quale sia intervenuto un omicidio.

Signori (1), il ricorrente è stato dichiarato colpevole di stupro violento, e di omicidio della persona stuprata, intervenuto nello stupro: il testo che si è trascritto della legge applicata, è l' art. 342 delle ll. penali. Or la quistione unica che a voi si presenta, è se tal dichiarazione sia motivata con le norme della prima parte dell' art. 293 pr. penale, prescritte a pena di nullità. Ciò mi dà il dovere di sciogliere ne' suoi elementi la idea complessa dell' art. 342, e riconoscere, se questi, senza mancarne alcuno, si esprimano tutti nella motivazione della dichiarazione di reità.

2. Non voglio dire il perchè nè per colpa di chi le gran-corti criminali spesso ci dan nota minuta di tutti gli atti, e di tutte le fasi del processo, e ne numerano tutte le pruove, e ne indicano la origine e il progresso con tutte le varietà, con tutte le contraddizioni che l' errore o la passione vi hanno insinuato. La prima parte dell' art. 293 non vuole ciò: esso vuole solamente, che *il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni debba essere espresso nella decisione*. Fatto dunque, e fatto semplice, non le pruove del fatto, nè la storia del procedimento. La legge

(1) Conclusioni nella causa di *Francesco Famiglietti*, 11 giugno 1838, Longobardi comm., Nicolini m. p., Antonio Fazzini avv. del ricorrente.

ricerca al giudice soltanto quello di cui nella pubblica discussione si è convinto; ma non ricerca ch' ei dica qual verbale sia stato quivi discusso, nè se il tale o tal altro documento o testimone, e piuttosto il carico che il discarico, dopo molte varietà abbia prodotto in lui il convincimento. Anzi nemmeno esige che si esprima ogni fatto di cui il giudice si è convinto, bensì quello soltanto da cui deriva la risoluzione della quistione, sceverato di quanto può esservi di soprabbondante ed inutile.

3. Intanto a misura che si è temuto, che tacere una varietà ed un fatto, potesse far suscitare accuse di soppression di difesa, i giudici han cominciato ad esporre tutto il processo, dandone un compendio, e spesso trascrivendo tutto ciò ch'è a carico, tutto ciò ch'è a discarico, e trasformando la semplicità del sillogismo in un farraginoso volume. Quando vi ha chi si obblighi a sì servile minutezza, mentre le decisioni si scrivono fra tante altre cure, è prodigioso che ne riesca alcuna ordinata e concorde a se stessa. Tale fortunatamente è il volume di cui ci occupiamo. Esso dopo aver descritti tutti i ravvolgimenti del processo instruttorio, e gli sforzi della difesa, ed i detti de'testimoni a carico, ed i detti a discarico, e le loro contraddizioni, ci dà finalmente chiaro il concetto del seguente fatto, che a mio credere, meritava soltanto di esser trascritto come motivazione della decisione (1).

(1) Ma prego i giudici, se non vogliono veder in pericolo le loro decisioni, a star piuttosto che al mio avviso, a ciò che avvertii nella nota 1, al § 10, n. X, 3 vol. — Intanto si è presentato alla corte suprema il seguente caso. Due fratelli, *Giulio* e *Luigi* erano in briga con un infelice, che ne fu ucciso. Costui dichiarò che il suo uccisore era stato *Giulio*; ma l'instruzione posteriore chiarì colpevole *Luigi*. La gran-corte si convinse della reità di *Luigi*, senza mentovare nè ribattere la dichiarazione del moribondo. E la corte suprema giudicò

4. Viveva nelle campagne di Puglia un pastorello di dodici a tredici anni, bello e pronto di persona, ardito di lingua, e caro a' vicini perchè da natura fornito di singolar maestria in modulare il zuffolotto silvestre. E le fanciulle ne prendeano più ch' altri diletto; e quando per capriccio o stanchezza ei ristava dal suono, lo pregavano, lo infastidivano, non senza qualche percossa, tra giocosa ed irata, di vincastro o di mano.

5. Una di esse, contadinella non maggiore dell'età di lui, si mostrò un dì più dell' altre importuna e procace. Ed ei le rispose con un equivoco, che tranne una certa grazia, nulla avea d'infantile; tal ch' ella ne arrossì, e tacque, conscia del doppio senso che danno que' volgari al fischietto, subbietto del motto. Per tale scherzo, malizioso è vero, ma provocato, il padre di lei, non sì tosto n'ebbe contezza, avvampò di tant' ira, a tanta rabbia, a tal furore si estese, che giurò vendicarsene. Non mai epigramma costò sì caro a un poeta. Pochi giorni dopo, colto solo in non folta boscaglia, il mal arrivato giovinetto soggiacque tra vane grida ad oltraggio nefando; e quindi l'uom brutale gli sciolse furibondo la fascia ond' era ricinto, e non solo ad alto albero lo appiccò con essa per la gola, ma carnefice iniquo, dopo avergli spezzato e fino all' intime viscere conficcato per la parte violata il fatale instrumento; quivi lasciò lui, spettacolo orroroso ed osceno, miseramente strangolato (1).

6. Abbiamo dunque uno stupro tutto violento,

---

che questa menzione sarebbe stata una superfluità vana, e non nullità, e rigettò il ricorso. Arresto del 18 giugno 1841, *Luigi Volpe*, De Luca comm., Nicolini m. p., Raff. Conforti avv. del ricorrente, Giov. Aceto della parte civile.

(1) Menzione se n' è pur fatta nel vol 4, n. XX, § 8.

ed abbiamo *ex continenti* l'omicidio volontario nella persona stuprata. Si fa quistione, se basti ciò perchè si dica che niuno degli elementi di fatto i quali compongono la proposizion generale dell' art. 342, manchi nella motivazione.

7. La legge dopo aver definito, dall'art. 333 fino al 340, gli attentati violenti al pudore, e i reati che attaccano l'onore delle famiglie, dice con l'articolo 341: *I reati indicati negli art. precedenti . . . . saran puniti con un grado di più . . . se la persona contro di cui si è usata violenza . . . sia stata ferita o percossa.* — Qui dunque la legge non ricerca il motivo della ferita o percossa; nè limita l' aggravamento della pena al solo caso dell'ira per la riluttanza, ovvero a quello di far valere la ferita o percossa come un altro mezzo di terrore o di facilitazione onde ottenere l'intento, o come un mezzo di obbligare la persona violata al silenzio. Il nesso che richiede la legge tra la ferita o percossa, e lo stupro, è nel solo fatto: *se la persona contro di cui si è usata violenza sia stata ferita o percossa.*

8. Segue l'art. 342 di cui ci occupiamo: *I reati preveduti ne' precedenti art. . . . saranno puniti del quarto grado di ferri, quando la ferita o percossa . . . abbia i caratteri d'omicidio tentato o mancato. Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella della morte.* — E nemmeno qui si parla di quella specie di nesso nel proposito del delinquente, per cui un reato è mezzo dell'altro, come p. e. quando si faccia servire il reato di sangue all'agevolazione dello strupro, ovvero si commetta per sopprimere la pruova dello stupro, o per ira nata dalla resistenza, o per altra ragione relativa allo stupro. Queste ragioni del nesso fra il reato di sangue ed

un altro reato, sono espresse in generale dall' art. 352, e per i furti in particolare dall' art. 408. Entrambi questi art. sono posteriori all' art. 342, il quale si trovava già sancito quando il legislatore li scrisse.

9. Per lo che se le condizioni dell' art. 342 fossero le sole dell' art. 352, sarebbe stato inutile il dire in quello con altra frase: *se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella della morte.* O non se ne sarebbe parlato, perchè il caso sarebbe stato preveduto abbastanza dall'art. 352, o non se ne sarebbero alterate le frasi che son le seguenti: *Sarà punito con la morte l' omicidio che abbia per oggetto l' impunità, o la soppressione della pruova d' un reato, o la facilitazione d' un altro reato, benchè l' oggetto non se ne sia ottenuto.* Ma la legge non parla mai invano, e molto meno cangia modi di dire a capriccio per esprimere la idea medesima. Altrimenti avremmo quella che Bacone chiama *homoimonia*, vizio assai riprovevole, particolarmente se si lasci trascorrere in una legge *noviter digesta. Nam in legibus quae idem sonant, obscuritas oritur ex loquacitate, et difficilius procedit interpretatio secundum sententiam legis (quae sanior est et verior) propter strepitum verborum* (1). Or chi è si sì ardito, che voglia di tanta colpa accusare il nostro legislatore?

10. Non parlo dell' art. 408, sancito tassativamente per i furti violenti. Ne' casi omessi, dedurre la norma legale dalle cose simili è lecito sempre, benchè cautamente e con senno (2). Ma trattiamo qui forse d' un caso omesso? Trattiamo forse d' una legge ambigua ed oscura, che ha bisogno d' interpetrazione?

---

(1) Bacone Aph. 60, 65 et 66.
(2) Idem, Aph. 11.

Se vi sia intervenuto l' omicidio, *la pena sarà quella della morte*, parole chiarissime, e sentenza *quae nihil habet aut captionis aut vitii*. Anzi sosteniamo, che *contrarium si probaris*, *multa vitia*, *stulta*, *iniqua*, *contraria consequentur* (1). Vi ha certo molte ragioni di nesso fra i due reati, le quali son comuni ed all' art. 342, ed agli art. 352 e 408; ma ve ne ha pur altre le quali appartengono a quell'uno, e non a questi due, ed altre che son proprie a ciascuno di questi, e non all' altro nè a quello.

11. Imperocchè la connessione necessaria tra l' uno e l' altro reato, tanto per gli art. 352 e 408, quanto per l' art. 342, è sempre che la persona del reo sia la stessa. Comune poi ed all'art. 342, e ad alcuni casi, ma non a tutti, degli art. 352 e 408, è che i due reati sieno connessi anche per tempo, cioè commessi o simultaneamente, o l' uno dopo l' altro *ex continenti* (2). Dissi, *non a tutti*, perchè sì nell' uno e sì nell' altro di questi due ultimi art. non si richiede sempre il tempo simultaneo; anzi più ristretta di casi è la connessione che in un tempo posteriore si richiede nel proposito del delinquente dall'art. generale 352, e più ampia è quella dell'art. 408 particolare a' furti: poichè quest' ultimo ammette tutte le condizioni di quello, e vi aggiunge l' altra della *vendetta di essere stata ritolta la cosa involata o scoverto l' autore*, il che può avvenire tanto incontanente, quando ne' giorni e mesi successivi. Or questa condizione di un reato di sangue, la quale può verificarsi dopo molto tempo da che il furto è commesso, non può certo trasportarsi mai agli art. che particolari ad altri reati, non la prevedono espressamente (3).

(1) Cic. *Partitiones oratoriae*, cap. XXXVIII.
(2) V. al vol. 1 il n. XIX, § 10.
(3) *Durum est torquere leges ad hoc ut torqueant ho-*

La quale osservazione disvela sempre più quanto male a proposito si citi in questa causa l'art. 352, e quanto estraneo in tutto ne sia l'altro, cioè l'art. 408.

12. Chè per avverarsi l'art. 342 si richiede sempre, che la ferita o percossa omicida avvenga o nell'atto dell'attentato al pudore, o immediatamente prima, o immediatamente dopo, il che è dinotato dalla parola *intervenire*. All'incontro l'art. non restringe a questa o a quella la ragione che muove il turpe violatore. O che dunque si ferisca per facilitare lo stupro, per soffogare nel sangue la voce della persona violata, per sopprimerne la pruova; o che si ferisca per sazietà, per disprezzo, per vendetta delle prime repulse, per ira troppo facile a destarsi in uom malvagio alle lagrime ed a'rimproveri d'un infelice; o che si ferisca per altra iniqua cagione, purchè ciò si faccia nel tempo medesimo, o *ex continenti*, l'art. non fa differenza nella pena: un nesso fra i due reati nel proposito del delinquente vi è sempre, benchè non sempre ei sia con le condizioni dell'art. 352, nè dell'art. 408. Ed appunto per ciò la legge ne ha stanziato un art. a parte (*sup.* § 8 e 9).

12. Per lo che quando l'omicidio non si commetta incontanente allo stupro, ma dopo qualche tempo, non può applicarsi mai l'art. 342. Se allora l'omicidio ha per oggetto l'impunità o la soppressione della pruova dello stupro, in questo caso solo può applicarsi l'art. 352, ancorchè l'omicidio avvenga dopo un anno di silenzio. Adunque dell'art. 408

---

mines. Non placet igitur extendi leges poenales, multo minus capitales. Solemnitas verborum et actorum non recipit extensionem ad similia. Perdit enim naturam solemnis, quod transit a more ad arbitrium. Bacon. Aph. 13 et 19.— Art. 200 l. org.

non può parlarsi mai negli stupri, perchè esso è particolare a' furti: può ben parlarvisi dell' art. 352, quando però, mancata la contemporaneità de'due reati, cioè a dire la condizione particolare all' art. 342, la regola generale, quella dell'art. 352, ripiglia l'impero.

14. E perchè si vegga che ad una opinione diversa *multa vitia stulta*, *iniqua*, *contraria consequentur* (§ 10), non è da obbliare, che non vi ha reato al quale più si accoppî la crudeltà, quanto lo sfogo della libidine. Dovrò io rivolgermi forse agli storici più gravi, quando descrivono le città prese d' assalto ed i furori del brigandaggio, o alle sacre carte (1), che mostrano le orgie dell' abborrito *Chamos*, lascivo spavento de'figli di Moab, internarsi fino all'ara e fra i boschi dell' omicida *Moloch*; la lussuria in mezzo agli odii, quella cioè che negli animi brutali trae fomite ed alimento, non già dall' amore che solo in cuor gentile si apprende, ma spesso dall'abuso de' cibi e de' liquori, dal disprezzo, dalla vendetta, dall' ira? Tutti eccitamenti nervosi, che la parte del corpo umano la più bestialmente animale (2), associano sì di frequente alla mano ugualmente irritata, che questa distrugge ciò che avanza all' azione furibonda di quella; simili a' moti di chi tracanna, senza pur gustarlo, il vino a torrenti, e poi ne spezza i vasi, e ne sperde i rottami. Or chi oserebbe sostenere che la nostra saggia legislazione, la quale punisce di morte chiunque dopo un fallo, per salvarsi della pena, sospinto dal desiderio naturale della sua conservazione, uccide chi può accusarlo, lasci che una belva così tetra ed immane (3) commetta impunemente

(1) *Regum*, III, 11.—Milton, *Paradiso perduto*, libro 1.
(2) Buffon — V. il n. XX, § 8, vol. 4.
(3) *Taetram et immanem belluam*. Cic. *Tusc.* IV, 20.
I cap. della libidine e dell'ira di questo libro IV dovrebbero

l' omicidio senza oggetto di conservazione propria, ma per ultimo eccesso dell' umana depravazione? Una legge garante del pubblico costume insieme e della sicurezza personale darà la morte al violatore che uccide sol perchè si è resistito al suo pravo disegno o se ne teme la rivelazione, ed userà indulgenza a chi uccide il resistente, non tanto perchè resistente, quanto per isfogo di odio e di vendetta (1)?

15. Tutto mostra in questa causa un omicidio premeditato. Ma il giudice di fatto non ha rivolto a questo la sua attenzione. Non lo lodo io per ciò; ma in corte suprema non posso aggiungere una definizione, di cui è mancante la decisione. Vi trovo bensì nell' animo del delinquente il proposito di aggiungere l' omicidio allo stupro per rendere più strepitosa la vendetta, connessione orribile, ma strettissima fra i due reati. O che l' anello d' unione sia fabbricato da un ardore colpevole e senza modo o misura, o dal posteriore timor della pena, o da un odio antecedente, i due reati son connessi nel disegno del delinquente, e la causa presenta molto di più ch' io non chiedo per l' applicazione dell' art. 342. Tutti questi elementi sono raccolti nella motivazione. Il fatto dunque dal quale deriva la risoluzione della reità,

---

qui trascriversi per più ampia dimostrazione del nostro assunto. *Sed defendat quod quisque sentit: sunt enim iudicia libera.* Ibid. IV. 4.

(1) In Alfieri, *Rosmunda a Romilda*:

Se lui trafitto,
Te fatto avessi da' più vili schiavi
Contaminare, indi svenar, se avessi
Arso e disperso il cener vostro al vento,
Vendetta io mai, pari all' oltraggio, avrei?

Mandato, a mio credere, sarebbe questo nella di cui esecuzione l' omicidio sarebbe entrato nell' ipotesi dell' art. 342.

vi è espresso, ed invano si mette innanzi la violazione della prima parte dell'art. 293 pr. penale (1).

16. Per le quali cose dimando in nome della legge il rigettamento del ricorso (2).

XVIII.

Comento della seconda parte dell' art. 293 pr. penale.—*Divieto di esprimere nella motivazione altri fatti che gli esaminati nella pubblica discussione.*

Signori (3), gli undici mezzi per i quali il condannato *di Pippo* chiede l' annullamento di questa decisione, poggiano tutti sull'art. 293 pr. penale,

---

(1) Tutte le violazioni della prima parte dell'art. 293 si risolvono in violazioni di legge penale. Quindi ogni volta che si tratta di motivi di annullamento relativi a questo art. è necessario comentare l'art. della legge penale, la di cui ipotesi si dice violata nella causa. V. nel vol. 1 il n. III, per gli omicidii preceduti, accompagnati o seguiti da altro misfatti; il n. IV per la recidiva; i nn. IX e seguenti fino all' ultimo del vol. I, per le scuse; quasi tutto il vol. 2 ed il 3 ed il 4 per i reati di sangue; il n. XI del vol. 1 ed il XVI del vol. 2, per l'età; il XXI del vol. 2, pel tentativo in generale, ed il XXII del vol. 4, per la complicità; il X del vol. 4, pel pentimento; il XIV del vol. 1, per l'ebbrezza; il IX del vol. 2 pel porto d'armi vietate; il d. n. X, e XVII del vol. 4, per la falsità della scrittura privata; il VI, VIII, e XIII del medesimo vol. 4, per le frodi, *etc. etc. etc.*

(2) Così venne deciso. — V. il n. III, § 5 alla *nota*, ed il XIV del primo vol. in *nota* al § ult. — V. il n. VIII del vol. 2. — V. il n. XXXVI del vol. 3.

(3) Conclusioni nella causa di *Giovanni di Pippo*, 10 agosto 1832, Longobardi comm., Nicolini m. p., Fed. Castriota-Scanderbeg avv. officioso del ricorrente.

la cui troppo estesa interpetrazione, forma ora l' argomento in moda di quasi tutti i ricorsi. Ma le nullità, perchè tendono ad invalidare i giudicati, su' quali *status rei pubblicae maxime continetur*, non possono mai venir dichiarate tali a forza d' interpetrazione (1): molto più ne' giudizii penali, ove dichiarato nullo un giudicato, si dee la causa rimettere ad altri giudici per nuovo esperimento, e ritardare in tal modo la punizione del reato, e ritoglierne la cognizione a' magistrati territoriali, contro i due principii massimi del dritto, che *culpam poena premit comes*, e che niuno debb' essere distratto da' suoi giudici naturali. È importante dunque il ritirare spesso verso i principii ogni articolo di procedura prescritto a pena di nullità, e particolarmente questo di cui si fa tanto abuso.

2. Ne' giudizii penali la discussione delle pruove in presenza non pur delle parti, ma del pubblico, è parte essenziale del nostro pubblico dritto. Imperocchè, celebrato il principio che i giudizii penali non sono instituiti, che per la pubblica sicurezza ed utilità, non scrittori di dubbia fede, ma i romani imperatori ed i Re nostri dichiararono, che ad un atto in cui tutti sono ugualmente interessati, tutti han dritto d' intervenire; tutti di conoscere su quali fondamenti si esercita il più terribile di tutti i poteri, qual è il poter punitivo; tutti di entrare ne' più minuti particolari delle cause nelle quali si tratta

---

(1) Art. 114, l. org. — *Vacillant iudicia ..... propter viam praebitam ad rescissionem eorum nimis facilem et expeditam. Itaque providendum est, ut .... via ad rescindenda iudicia sit arcta, confragrosa et tamquam muricibus strata.* Bacon. Aph. 94. Questa è l' inscrizione che starebbe bene sulla soglia della corte suprema.

della particolar sicurezza e tranquillità di ciascuno e di tutti (1).

3. Da ciò derivano due grandi effetti, l'uno per la morale pubblica, l'altro per la santità de' giudizii.

4. La pubblica morale si rettifica e si rinforza per la fiducia nelle leggi, la quale rinasce di continuo in vedersi sempre con quale diligenza si va ricercando nelle più oscure sue latebre il reato: ed in ciò sta la forza della famosa sentenza del giureconsulto Carisio, ove è celebrata in così fatta discussione *vox ipsa et cognitionis subtilis diligentia* (2). Quindi ne risulta la presunzione, che chi mal opera, invano si confida *che restar debba il malefizio occulto*, e che la calunnia contro l'innocente non può velarsi d'insidioso segreto. Nè si tema che possano trovarvi i malvagi la scuola pericolosa di sfuggire alla pena, quasi che, contro il detto divino, *omnes ignorantes peccare*, non l'ignoranza, ma la instruzione fosse la sorgente de' reati: tanto più che l'esperienza e la filosofia ci ammaestrano, che quanto più i rei si avviluppano fra atti fraudolenti, tanto più offrono estensione e lati moltiplici al fatto criminoso, il quale per ciò si presenta più facile alla investigazione dell'inquisitore, ed ove men si attende, ivi manifesta inavvedutamente se stesso.

5. Ne' giudici poi si crea con la discussione pubblica efficacissimo il pudore della giustizia. Niuno allora può osare dir convinto o non convinto un colpevole contro il sentimento unanime che traspira in volto agli astanti (3). Quindi è che se privata passione può mai

---

(3) V. il n. I del vol. 3 di queste *Quistioni*.

(2) L. 10, D. XLVIII, 18, *de quaestionibus*.

(3) *Curiae uni viro ne committantur, sed ex pluribus constet. Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sen-*

penetrare nel santuario di Temi, ella per vergogna di mostrarsi, vi rimane sempre intimidita e repressa. Quindi il grido contro sì salutevole sistema parte di ordinario da una trista coscienza, o almeno da timore di svelare al pubblico un ingegno inuguale all'ufizio. Quindi i giudici saggi si compiacciono di vedervi una nuova beneficenza del Re, per la guarentigia che ritrovano contra ogni calunnia: niuno può dire ch' essi siensi mossi a condannare od assolvere fuorchè da evidenza di pruova, preparata con metodo, e discussa innanzi a tutti con accorgimento e con calma. Ed ecco perchè in una monarchia vastissima, quando appunto il solo principio monarchico era la salute dell'impero, gl' imperatori Valentiano e Valente (1) e Caro, Carino, Numeriano (2) dichiararono, e siccome Giacomo Gotofredo ne fa certi, lo dichiararono per queste ragioni, essere nulla e contraria a' buoni costumi ogni discussione di pruove fatta *in secreto loro et non intro vocatis omnibus*. Tal che rimontando a questi principii del dritto imperatorio dal quale il nostro deriva, diventa ultima e particolarissima, e non di principio, ma di conseguenza, la ragione che al volgo più piace, della necessità del confronto e del dibattimento fra i testimoni e le parti; perchè veramente sol da questo contrasto *et ex sermone, et ex eo qua quis constantia, qua trepidatione quid diceret, quaedam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt* (3).

---

tentiae suae rationes adducant, idque palam, atque adstante corona; ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et existimatione sit circumscriptum. Bacon. Aph. 38.

(1) L. 2, Cod. Theod. *de off. rect. provinciae.*

(2) L. 6, C. VII, 45, *de sent. et interlocutionibus.*

(3) D. l. 10, § 5, D. XLVIII, 18, *de quaestionibus*,

6. Ma qual è la sicurezza che il convincimento non siasi portato dal giudice bello e preparato di casa, e ch'egli non siasi rivolto anche a ciò che non *publice et pro tribunali locatus*, ma *in secretario* abbia pria rilevato? Questa è per l'art. 293 la grande innovazione fatta dal sapientissimo nostro legislatore al sistema penale francese. *Il fatto del quale deriva la risoluzione della quistione, debb' essere espresso a pena di nullità : alcun fatto non può esservi espresso che non sia stato esaminato in pubblica discussione, a meno che non si tratti di fatti non messi in controversia.* Sia la corte suprema custode riconoscente e gelosa di questo benefizio del Principe, proprio della nostra patria legislazione; e perciò non conviene rivolgerlo in cavillazione: chè tale per l'appunto è il nome che danno Ulpiano e Giuliano *quando ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea quae evidenter falsa sunt perducatur* (1). È dunque ufizio della corte suprema il rigettare queste cavillose mutazioni, per serbar puro, e non travolgere a danno della giustizia, il principio.

7. *Alcun fatto non può essere espresso che non sia stato esaminato nella pubblica discussione.* Ma di qual genere dev'essere questo fatto? L'una parte dell'art. si spiega con l'altra; e dobbiam sempre nella intelligenza delle voci *causam et qua mente quid dicitur animadvertere* (2). Questo fatto dunque non è altro che quello *da cui deriva lo scioglimento delle quistioni.* I fatti oziosi, quelli scappati per soprabbondanza dalla penna poco sobria del giudice, non *vitiant scripturam* (3).

---

(1) L. 177 *de verb. sign.*, et 65 *de reg. iuris.*

(2) L. 19, D. X, 4, *ad exhibendum.* — L, 8, D, XVII, 1, *mandati.*

(3) L. 94 *de reg. iuris.* — Dichiarato un reo colpevole

8. Se la cosa è così, tutto quello che la legge non ordina al giudice d' inserire nella decisione, non entra sotto l' impero di quest' art. Tali sono i fonti di pruova. La legge non ordina ch' ei dica, se il fatto sia deposto da *Pasquale* o da *Gennaro*, nè che renda conto da qual processo-verbale ei l' ha tratto. S' egli talvolta trasmuta in fastidiosi volumi la semplicità del sillogismo giudiziale (1), narrando a lungo quanto depose il tale, e quanto il tal altro, non è certo lodevole questa sua vana fatica; ma va come se non fosse scritta: e perciò se intricatosi alcuno in questi volontarii ravvolgimenti, erri col dire raccolto un fatto da un testimone, o da un verbale, mentr' è scritto sotto il nome di un altro, basta che il fatto sia stato esaminato in pubblica discussione: *demonstratio plerumque vice nominis fungitur* (2): *nihil obest quod in syllaba erretur* (3): *substantia potius, id est veritas intuenda* (4).

---

d' un furto di statua di argento e di altre sacre suppellettili da una chiesa, la gran-corte parlò nella motivazione dell'involamento della *carta-gloria* dall' altare, la quale risultava dalla pubblica discussione ch' era rimasta in chiesa. La corte suprema l' ebbe come un fatto ozioso, e rigettò il ricorso. Arresto del 10 genn. 1835, *Andrea Mannella*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — V. la *nota* alla p. 337.

(1) V. la concl. precedente, § 2 e 3.

(2) L. 30 in pr. D. XXXV, 1, *de condit. et demonstrationibus*.

(3) L. 54, D. XL, 4, *de manumissis testamento*.

(4) L. 2, § 2, D. XLI, 4, *pro emptore*. — I fatti debbono essere espressi secondo il senso, non con le parole de' testimoni. Arresto del 17 settembre 1832, *Domenico Betti*, Montone comm., Nicolini m. p. — Arresti de' 21 novembre 1833, *Carlo Tripepi*, Montone comm., Nicolini m. p.; e de' 30 nov. 1832, *Giuseppe Parise*, Montone comm., Nicolini m. p.

Noodt nel cap. 9, lib. 1, della sua eruditissima opera, *Probabilium iuris civilis*, raccoglie gli errori materiali di luo-

9. Così pure se il concetto morale del fatto è diverso da quello del testimone che lo ha deposto, è da rammentare che il concetto morale è tutto del giudice. I fatti particolari da' quali esso deriva, debbon essere esaminati nella pubblica discussione, ma non trascritti, nè espressi nella decisione come li enuncia e li estima il testimone (1).

10. Vi ha pure de' modi complessi di dire, attribuendo al testimone un giudizio ed un' idea astratta la quale è tutta del giudice. Così p. e. il testimone non deriva dal fatto ch' ei depone, l'ira o l'inimicizia, o l' amore o l' odio di alcuno. Viene bensì a derivarnelo il giudice; ed intanto nel riferire il fatto espresso dal testimone ed esaminato nella pubblica

---

ghi, di nomi, di tempo, ne' quali spesso caddero gli uomini occupati e sospinti sempre dal movimento degli affari, come Cicerone, Augusto, Ulpiano etc. Osservazione fatta già da Plauto, *Casina*, II, 1. — *Se a me pietate Negar non vuò, non fia che altrui condanni.* — Per i *nomi*, arresto 12 ott. 1832, *Antonio Tucci*, Montone comm., Nicolini m. p. Arresti del 18 agosto 1833, *Vincenzo Presta*, e del 6 agosto 1834, *Giuseppe Zelano*, lo stesso comm. e m. p. — Per l' errore di *data*, arresto 8 giugno 1836, *Vincenzo Pino*, Franchi comm., Nicolini m. p. — Se non che se la *data* forma parte essenziale della difesa, p. e. in una coartata, escluder questa, errando in fissare la data, è nullità. Arresto 19 febbraio 1836, *Niccola Sommella*, Celentano comm., Nicolini m. p. — Non così quando l' errore della circostanza è puramente materiale, e non altera il fatto. Arresto del 23 luglio 1838, *Vito Trifone*, De Luca comm., Nicolini m. p.; e del 30 luglio 1838, *Vincenzo Parascandolo-Ladonea*, Laudati comm. Nicolini m. p. — Così pure non è da attendersi qualche errore di qualità, come p. e. chiamar *testimone* il *principale*. Arresto del 1 agosto 1836, *Pasquale Fiorentino*, Longobardi comm. Nicolini m. p.

(1) Arresto del 3 settembre 1832, *Paolino Lavia*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — 16 settembre 1833, *Luigi e Giuseppe Raicaldi*, Longobardi comm., Nicolini m. p.

discussione vi attacca sì tenacemente il suo proprio giudizio, che nell'esprimerlo dice deposta da quel testimone quell' inimicizia e quell' amore. *Valet quod acti est.* La proposizione deve interpetrarsi dal vero, nè calunniarsi perchè ad esprimerla s'impiega un modo comune di dire; ed è troppo comune l'attaccare i nostri giudizii e le idee astratte a'fatti particolari da'quali le deriviamo. La legge vuole che questi fatti sieno esaminati nel dibattimento. Quando ciò è seguito, l'esprimerlo inesattamente, confondendovi la operazione intellettuale del giudice, non mena a nullità, perchè niuna legge lo vieta (1).

11. Dal che deriva che omettere i fatti da' quali il giudice non deriva la risoluzione delle quistioni, è purgare la motivazione d' ogni superfluità, non è contraffare alla legge (2). Non l'omissione di qualche pruova o di qualche circostanza di fatto, ma la mancanza di esprimere i fatti da' quali si trae la dichiarazion di reità, fa rescindere le decisioni (3). Così pure non è nullità se il giudice mesce alla sposizione del detto del testimone, l' estimazione ch' egli ne fa, senza riserbarla ad altro luogo distinto (4). Così pure se il giudice penale può scindere le confessioni

---

(1) Così p. e. in una decisione, riferendosi i fatti deposti da un testimone, si attribuì a costui il giudizio d' inimicizia del reo con l' ucciso, la quale derivava da questi fatti, ma che non si era così esposta dal testimone. Si giudicò quindi non esservi nullità. Arresto 8 giugno 1836 nella causa di *Emiddio del Medico*, Franchi comm., Nicolini m. p.

(2) Arresto del 12 nov. 1832, *Filippo Antoniani*, Camerano comm., Nicolini m. p.

(3) Arresto del 26 aprile 1837, *Rocco de Fina*, Montone comm., Nicolini m. p. — Arresto del 22 novembre 1837, *Filippo Tectè*, Montone comm., Nicolini m. p.

(4) Arresto del 30 novembre 1832, *Sisto de Bernardo*, Montone comm., Nicolini m. p.

de' rei, non è nullità esprimerne solamente la parte di cui si è convinta (1); o delle contraddizioni di un testimone o d'un reo esprimere la parte sola alla quale assentisce (2). La regola è una: il solo fatto da cui deriva la risoluzione della quistione debb'essere espresso, e questo unicamente tratto dalle pruove esaminate nella pubblica discussione (3), e ciò, purchè non sieno fatti non messi in controversia (4).

12. Ritirata a questi confini la intelligenza dell'art. 293, è facile il dar risposta agli undici mezzi

---

(1) Arresto del 18 gennaio 1835, *Antonio Scapolatiello*, Longobardi comm., Nicolini m. p.

(2) Del pari può il giudice negare ogni fede al testimone per le sue contraddizioni, e sopprimerne in tutto nella decisione la mentovazione. Arresto del 3 agosto 1835, *Lorenzo Tursi*, Montone comm., Nicolini m. p. — E che sopprimere possa sempre la mentovazione di un fatto discusso di cui la gran-corte non si è convinta, è la mia opinione. No 'l può però quando è dedotto per difesa, questa è l'ultima opinione della corte suprema. Ripetiamo: *defendat quod quisque sentit: sunt enim libera iudicia.* — V. i nn. VIII, IX e X vol. 3.

(3) Arresti del 7 e del 9 marzo 1836, *Francesco di Virgilio* e *Michelangelo Salmita*, Longobardi comm., Nicolini m. p. — La istessa inesattezza delle forme dialettiche non mena a nullità: d. arresto del 7 marzo 1836 per *de Virgilio*. — Basta la motivazione, benchè breve, purchè contenga gli elementi della soluzione della quistione di fatto. Arresto del 20 giugno 1836, *Bonaventura Campanile*, Montone comm., Nicolini m. p. — 11 luglio 1836, *Francesco Longobardi*, De Luca comm., Nicolini m. p. — V. l'avvertenza preliminare innanzi al n. VI del vol. 1.

(4) Non si lesse in pubblica discussione l'autorizzazione data ad un usciere per eseguire alcuni atti del pubblico ministero. Ma di ciò convenivano le parti. Intanto nella dichiarazione di resistenza all'usciere in un atto di sequestro, la gran-corte si convinse della legalità dell'autorizzazione. Perchè fatto non messo in controversia, non fu efficace per far rescindere la condanna: il ricorso venne rigettato. Arresto de'30 ottobre 1835, *Cormine Arcuri*, Morelli comm., Nicolini m. p.

presentati dal ricorrente. Ne duole dover applicare queste verità ad una decisione scritta molto negligentemente; ma gli errori di compilazione *quos aut incuria fudit*, *aut humana parum cavit natura*, rientrano in quella cattiva motivazione che può venir forse disapprovata, ma non portata a motivi efficaci di annullamento (1).

13. Si dice col *primo mezzo* esser nato il convincimento de' giudici dal reperto della scure e dalle macchie di sangue di cui essa era intrisa. Ma la scure non fu mai disuggellata alla presenza de' giudici a' termini dell'art. 71. Ciò che ancora è chiuso, non può dirsi esaminato nella pubblica discussione.

14. Veramente non è lodevole quest'obblio della gran-corte. Le leggi di procedura non sono scritte per non essere eseguite, o per esserle ad arbitrio. Ma l'accusato aveva dritto di chiedere questo disuggellamento, e no 'l fece. Tacque alla lettura del verbale del reperto, non che del giudizio de' periti, che quelle macchie erano macchie di sangue. Questo dunque fu un fatto *non messo in controversia*. La legge non prescrive a pena di nullità quel disuggellamento, se non siasi dimandato dal ministero pubblico, o dall'accusato (2).

15. Si dice nel *secondo mezzo*, che l'inimicizia dell'uccisore con l'ucciso è derivata, secondo la decisione della gran-corte, da alcune pretensioni di servitù di predii rustici; ma ella in indicarne i fonti

---

(1) Art. 124 l. org. — V. in questo vol. le avvertenze che precedono il n. XII.

(2) Art. 330 pr. penale. — E letto un verbale di cattura del reo, ove si fa menzione del reperto dell'arme, benchè l'altro verbale del reperto non sia letto, se questo non è messo in controversia, non è nullità. Arresto 8 luglio 1836, *Giuseppe Cerra*, De Luca comm., Nicolini m. p.

di pruova, aggiunse che l' accusato *nel suo interrogatorio non ha potuto fare a meno di manifestare la sua inimicizia per la causa di sopra espressa*; e poi ripete: questa inimicizia *venne manifestata anche dall' accusato medesimo nel suo interrogatorio*. Or nell' interrogatorio l'accusato parlò di quelle pretensioni di servitù, ma non manifestò che per esse egli avea conceputo odio o inimicizia contro l'ucciso.

16. Non può dissimularsi di essersi la gran-corte esposta volontariamente a questa censura. Il fatto era quello, ed il fatto era stato esaminato nella pubblica discussione. Ma il concetto morale dell'inimicizia che se ne trae, è della gran-corte; ed ella non ha distinto il giudizio suo proprio, dal fatto consentito dal reo nel suo interrogatorio; e vedendo quello sorger spontaneo da questo, ve lo ha attaccato e quasi medesimato nelle frasi che usa. Se non che il fatto da cui ella deduce l'inimicizia, è il solo che doveva essere esaminato nella pubblica discussione. Il giudice vi mesce il giudizio suo proprio. Questa poco distinta maniera di esprimersi è piuttosto un difetto di ritrarre in carta l' analisi della idea, o se si vuole, una cattiva motivazione, non violazione diretta dell'art. 293.

17. Il *terzo mezzo* è relativo alle minacce. Il ricorrente assume che una sola volta egli ha profferito minacce, e che la gran-corte le stabilisce continue. La gran corte però non dice una nè due fiate: dice solo in termini generali: *il de Pippo intanto non lasciava di eruttare delle minacce di vita contro Santella*. Se avesse detto, *lasciò*, non avrebbe dato al ricorrente tanta occasione di declamare. Quell' indeterminato, *lasciava*, ha fatto credere a lui che la gran-corte avesse creduto, che non una, ma più volte egli avesse minacciato. Disputeremo noi di grammatica, per dimostrare con la scorta de' classici, che

nell' indole della nostra lingua è il porre spesso l'imperfetto indeterminato, per un passato ed anche per un futuro determinato?

17. Il *quarto mezzo* riguarda la distruzione della siepe fatta dal condannato nel dì precedente all' omicidio; siepe, che divide il suo fondo da quello del suo mal augurato vicino. Di questa distruzione si risentì l' ucciso, dicendo, che avrebbe voluto *accomodarlo nel mattino seguente*. Ciò fu discusso. La gran-corte interpetra poi questo fatto, come se l' ucciso avesse minacciato il condannato di una querela giudiziale. Non dice però, che questa è sua interpetrazione. È vero che mal può lodarsi questo confonder sempre il giudizio proprio col detto del testimone. Ma non è men vero, che guardando la sostanza della cosa e la verità, questo giudizio è il concetto morale de' giudici, che deriva dalla discussione di quel fatto, e di quelle parole riferite ed esaminate in dibattimento.

18. Il *quinto mezzo* censura la decisione, che mentre la disgraziata madre e moglie de' due uccisi disse aver prima veduto il figlio moribondo, e quindi il marito già estinto, e che il primo le avea mostrato l' uccisore, la gran-corte la fa incontrare prima nel padre, e poscia nel figlio. Al che io rispondo, che questa parte di decisione non dice espressamente ciò: confonde piuttosto le cose. Ma non è questo incontro o prima o dopo, il fatto da cui deriva la risoluzione della quistione. Il fatto essenziale è nella indicazione che il figlio moribondo fa dell'uccisore; e questo è non pur esaminato in pubblico, ma trascritto nella decisione con le stesse parole di di chi lo depone.—Similmente la gran-corte dice che quella indicazione del figlio semivivo fu fatta con *costante assicurazione*. Come *costante*, grida il ricorren-

te? Egli la fece con voce moribonda, e spirò.— Ma il *costante* non indica sempre *durante per lungo tempo* indica spesso *ab omni dubitatione securum*. Perciocchè un giovinetto vicino a morte non aveva interesse d'incolpare altri che il suo vero uccisore. Quest' assicurazione fatta da lui, raccogliendo tutt' i suoi spiriti, fu fatta forse con voce tremante, ma con chiarezza, certezza e fermezza d'animo per ciò che diceva; e tal concetto è ben ritratto dalla voce *costante*. Così le gran-corti non pronunziano che una volta sola, ed usano la formola *consta*, *è constante*. Poteva la gran-corte dar meno occasione al ricorrente di esercitare il suo ingegno. Ma possiamo noi rescindere per ciò la decisione (1)?

19. Il *sesto mezzo* cerca dimostrare che un giovanetto col capo aperto dalla scure del suo iniquo uccisore, non poteva per leggi fisiche articolar più parola. Ma il ricorrente doveva oppor ciò innanzi alla gran-corte criminale, onde i maestri dell'arte salutare avessero potuto ragionarne, ed illuminar la gran corte sulla possibilità o impossibilità in cui era il ferito di pronunziar quelle voci. Quel che la corte suprema dee veder solamente, è se nel fatto esaminato in pubblica discussione, quelle parole del moribondo e quella indicazione sieno registrate e non contraddette.

20. Il *settimo mezzo* si rivolge ad accusare qual immaginaria e non esaminata nella pubblica discussione la mentita che dà la decisione alla coartata; perchè niuna *coartata* oppose l'accusato. Ed in vero nelle

---

(1) Per contrario se un dirubato riconosca dubitativamente il ladro in un atto di affronto, e la gran-corte nella sua motivazione dice che lo ha riconosciuto con certezza e costanza, la nullità è evidente. Arresto del 21 marzo 1836, *Francesco Mammoliti*, Longobardi comm., Nicolini m. p.

sue posizioni a discolpa egli non parla di *coartata di tempo*. Nel suo interrogatorio però disse che in tutta quella notte in cui avvennero i due omicidii, egli si era trattenuto in sua casa. Disse dunque ch' era stato altrove che nel luogo del reato. Non può applaudirsi alle espressioni troppo generali della decisione: *ha dedotto in suo discarico coartata di tempo rimasta smentita*, le quali han dato luogo a questa censura. Ma l' interrogatorio è parte del discarico; l' interrogatorio è stato discusso; e tutto il ragionamento della gran-corte è inteso a smentirlo (1).

21. L' *ottavo mezzo*, come il *nono*, il *decimo*, e l'*undecimo* hanno tutti un' appicco alla poca felicità ond' è compilata la decisione: ma non ve n'ha un solo che veramente indichi un fatto non esaminato in pubblica discussione. Là sono usate parole alquanto diverse da quelle dette da' testimoni, ma che non ne cangiano la sostanza: qua il giudizio della gran-corte è accusato come arbitrario, e non conseguente; e tutto si rivolge meno a' fatti non discussi, che a quistioni di estimazione di fatti, ed a concetti morali tratti da fatti discussi.

22. Per queste ragioni dimando il rigettamento del ricorso (2).

---

(1) Che se i testimoni avesser deposta questa coartata, il giudice da altri fatti poteva anche trarre la sua convinzione in contrario. Arresto del 19 dicembre 1836, *Valentino Cosentini*, MONTONE comm., NICOLINI m. p.

(2) Così venne deciso. — Quando la convinzione si trae da documenti, non basta che nel verbale della discussione pubblica si usi la frase generale: *si sono letti tutti i documenti da leggersi*, ovvero l' altra: *si sono letti tutti i pezzi di pruova*. Come è necessario che nella lista sieno indicati ad uno ad uno tutti i documenti che s' intendono far leggere (V. nel vol. I, il n. VII, § 16), così debbono questi nel verbale della pubblica discussione indicarsi ad uno ad uno a mi-

XIX.

Altra quistione relativa all' art. 293 pr. pen. — Quale sia la specie del giudizio di fatto riserbato alla corte suprema di giustizia.

SIGNORI (1), pel misfatto, sull'accusa del quale è stata giudicata contro al ricorrente la pena degli omicidi volontarii, il testimone il più importante era *Raffaele Mauro*. Costui sul principio negò aver riconosciuto il reo; ma tosto convinto di essere stato presente all'avvenimento, disse che per sedu-

---

sura che sono letti e discussi. Altrimenti traendosi dall' uno più che dall' altro un fatto certo nella motivazione della decisione, vi è nullità. Arresto del 6 agosto 1838, *Antonio Angolini*, DE LUCA comm., NICOLINI m. p. — Così pure sarebbe nullità, se la gran-corte dicesse essersi convinta del fatto contenuto in un verbale, perchè *solenne e legale*, mentre vi mancano molte legalità. Arresto del 24 luglio 1839, nella causa di *Sante Provenzano* e *Francesco Porco*, CELENTANO comm, NICOLINI m. p. — Molti altri casi dell' art. 293 sono stati da noi indicati nel § 8 dell'avvertenza preliminare a queste conclusioni, n. XII e segg., ed altri ne verranno indicati appresso; perchè non cessa l' art. 293 pr. pen. di esercitare gl' ingegni. *Sapientissima enim res* TEMPUS, *ut ab antiquis dictum est, et novorum casuum quotidie auctor et inventor*. BACON. Aph. 32. Ma in ogni caso che ha apparenza di nuovo, conviene riportar la cosa a' principii, e non ad un esempio che n' è la conseguenza; e sempre dee ripetersi che la conseguenza non dee trasformarsi in principio per trarne altre conseguenze: *alioquin labetur paulatim ad dissimilia, et magis valebunt acumina ingeniorum, quam auctoritates legum*. Aph. 16. — V. il § 18 del n. XI di questo vol., e la ministeriale al n. XX.

(1) Conclusioni nella causa di *Niccola Massaro*, 24 feb. 1840, CELENTANO comm., NICOLINI m. p., GIACOMO TOFANI avv. del ricorrente.

zione aveva in prima taciuto il vero, e tutto narrò a parte a parte il fatto. Questa dichiarazione non giurata occupa i due fogli 176 e 177 della instruzione. Assegnato poscia per la pubblica discussione, si seppe ch' ei giaceva infermo in uno spedale vicino. Si commise ad un giudice di esaminarlo di nuovo, e con giuramento, ed in presenza del ministero pubblico e del difensore dell'accusato: e *Mauro* tornando a' primi suoi detti, giurò nulla aver conosciuto nè veduto del fatto. Nel verbale di questa dichiarazione giurata si fa espressa menzione di essergli stata *data conoscenza di quanto trovasi scritto nella dichiarazione sotto il suo nome a' fogli* 176 e 177.

2. La gran-corte nella motivazione della decisione dimostra quanto fallace fosse stata quest'ultima ritrattazione del testimone *Mauro*, e crede sincera soltanto la dichiarazione espressa ne' fogli 176 e 177. Ma il verbale della pubblica discussione è contento alla sola proposizione: *si è data lettura della dichiarazione di Raffaele Mauro al foglio* 176. Dunque, dice il ricorrente, non fu letta nella pubblica discussione la dichiarazion solenne fatta nello spedale: ella è registrata in altri fogli, anzi in altro volume. La prima dichiarazione poteva esser letta alla publica udienza, la seconda il doveva per l' art. 258 pr. pen. a pena di nullità (1). Dunque è nullo il procedimento. E credendo ei sempre che la ritrattazione non fosse stata letta alla pubblica udienza, osserva che espressamente di essa si ragiona a lungo nella decisione. Ma niun fatto può essere per l' art. 293 espresso nella decisione, che non sia stato esaminato nella discussione pubblica. Dunque non solo l' art. 258, ma anche l' art. 293 è stato violato.

---

(1) Art. 242 pr. pen.

3. Se non che è da osservare, che in un verbale di discussione pubblica, alla menzione d'un atto non è necessaria l'indicazione de' fogli: bastava dire, *si è letta la dichiarazione di Raffaele Mauro*. È dunque una indicazione inutile, tal che mille volte che avete trovato un foglio indicato per un altro, avete rigettato il ricorso. Alla gran-corte può dirsi: aggiungendovi questa indicazione, *viam duriorem elegisti*. Ma non può dirsi, che mancandovi la piena indicazione, abbia violato la legge.

4. Imperocchè quando si tratta di semplice indicazione, anche negli usi comuni della vita, il principio e l'avviamento d'una cosa, e spesso un segno ed un nome indica il tutto. La prima dichiarazione di quell'uomo è scritta in due fogli, 176 e 177. Quando nel verbale si dice di essersi letta la dichiarazione al foglio 176, non si dice forse ch'è stata letta tutta, e sino all'estremo del foglio 177? Or la dichiarazione compiuta è quella che contiene tutte le dichiarazioni del testimone. Quando dunque si disse di essersi letta la dichiarazione di *Mauro*, ciò attesta di essersi ella letta in tutto il suo corso, e l'indicazione del foglio 176 non mostra tassativamente la lettura di questo solo foglio, ma nomina la parte per il tutto, l'uscio per l'intero edifizio, il tronco per l'albero, la prima mossa per lo stadio e la meta. Noi usar sogliamo nel conversare tante metonimie e tante sineddoche, che puerile a me sembra il riprenderne alcuna nelle decisioni. È il nome dato a ciò che fu letto. Ma non è quistione del nome; la quistione è della cosa. Fu letto il complesso intero che forma la dichiarazione di *Mauro*, o ne fu letta la sola prima parte? Questo è il fatto che debb'esser chiarito.

5. Sarebbe strano il supporre che niun fatto

voi potete assolutamente estimare. Voi non potete rivedere il fatto da cui deriva la risoluzione delle quistioni nel giudizio del merito (1). Ma i fatti su' quali poggia l'ammessibilità de' motivi per annullamento, sono certamente esaminati e valutati da voi. Non è forse una quistione di fatto, se il ricorso sia stato intimato, se sia prescritto col passaggio non oppugnato ad altri atti, se la rinunzia ad esso sia fatta da chi vi ha dritto, se gli elementi de' quali è composta la motivazione sieno in contraddizione fra loro, o menino ad altra conseguenza che non è quella che ne trasse il giudice del merito, e se siasi insinuata nella decisione una circostanza non esaminata in publica discussione? Niun magistrato, dal conciliatore fino al consigliere della corte suprema, ha facoltà di pronunziare di cose astratte e generali (2): tutti debbono avere un fatto per base; e questo fatto, quando è di loro attribuzione, è discusso, estimato e giudicato da essi. Voi dunque, giudici del motivo per annullamento con cui si dice violato l'art. 258, voi dovete giudicare se quella frase, *letta la dichiarazione al foglio* 176, debba intendersi materialmente e come suonano le parole, ovvero sia una sineddoche, che con la nominazione del solo principio dimostri tutto il corso e tutte le fasi della dichiarazione di *Mauro*.

6. Or in questa interpetrazione di parole esprimenti un fatto, voi non avete altre regole, che le comuni ad ogni interpetrazione di simil genere. Il punto da cui si parte, è che la interpetrazione dee farsi *ut actus magis valeat*, *quam pereat*, canone rinforzato in voi dal principio della vostra instituzio-

(1) Art. 192 pr. pen.
(2) Art. 197 l. org. nap. — Art. 228 l. org. Siciliana.

ne di non dover essere facili nè proclivi a rescindere i giudizii: la violazione dev' essere *manifesta di un testo espresso di legge*, parole gravi che annunziano *quam sit arcta*, *confragrosa*, *et tamquam muricibus strata*, *via ad rescindenda iudicia* (1). Stabilito ciò, ogni oscurità o ambiguità si risolve con la ragion naturale e con l' uso e con ciò che precede o conseguita (2).

7. Or se quella breviloqua indicazione non indicasse la lettura di tutta la dichiarazione del testimone, comprese anche le sue spiegazioni e le ritrattazioni fatte alla presenza del difensore del reo, troppa balordaggine supporremmo in costui nel non richiederla intera, perchè nella ritrattazione stava la sua difesa, e nel protestarsene subito, ove mai ciò fosse stato negato: queste spiegazioni e ritrattazioni formavano la salute del suo cliente. All' incontro queste erano note sì a lui che al ministero pubblico: ma fatte già fuori della presenza della gran-corte, ond' è che la g. c. ne forma il soggetto di lunghi consideramenti, se non fossero state lette e discusse in udienza pubblica? Gli autori della decisione sono anch' essi gli autori del verbale di pubblica discussione. La decisione e il verbale fan fede d' essere stata così decisa e discussa la causa, sol perchè la stessa gran corte lo attesta; e la gran-corte pria de'suoi consideramenti nella decisione, comincia così: *Atteso che dalla pubblica discussione è risultato e si è ritenuto il fatto seguente;* e parte di tal fatto è la spiegazione e ritrattazione del testimone quando nello spedale gli fu letta la dichiarazione al foglio 176. Dunque è un fatto constante che la spiegazione fatta nello spedale

(1) Bac. Aph. 94 et 97. — V. il n. XVIII, § 1.
(2) Art. 1109 e segg. ll. cc.

fu anche letta e discussa. Dunque ella fu compresa nella indicazione di essere stata letta la dichiarazione del testimone al foglio 176. Dunque questa indicazione racchiude l' idea di quanto ha dichiarato in giudizio il testimone; e perciò la violazione dell' art. 258 e 293 non regge in fatto.

8. Ed ancorchè il fatto reggesse, nemmeno menerebbe a nullità nella causa. Non vi sarebbe nullità per l' art. 258, perchè la mancanza di lettura non sarebbe stata rilevata, ed il dritto a derivarne una nullità non sarebbe stato conservato con apposita protesta (1). Nemmeno vi sarebbe nullità per l' art. 293, perchè esso è sottoposto all' eccezione, *meno che non si tratti di fatti non messi in controversia*. Era forse messo in controversia, che *Mauro* si fosse ritrattato, se egli si era ritrattato in presenza del ministero pubblico e del difensore dell' accusato, che poi conchiusero e derivarono da questo stesso fatto opposte conseguenze?

9. Per sì fatte ragioni dimando il rigettamento del ricorso (2).

---

(1) Art. 268. pr. pen.

(2) Così è stato deciso.—Nella *nota* 4 al § 8 del n. precedente abbiamo riferito molti esempii dell' errore di nome nella indicazione d' un testimone, e gli arresti della corte suprema, che dichiarano non essere per ciò viziata la motivazione. In causa recentissima, nella motivazione s' indicava la testimonianza d' una *Maria-Rosa Perfetti*, mentre il nome della testimone intesa nella pubblica discussione era quello di *Maria-Rosa Modesti*. Ne fu elevato un motivo di annullamento per violazione dell' art. 293. Si è risposto che l'art. non vuole altro che niun fatto che ha motivata la risoluzione della quistione, possa esser mentovato se non sia stato esaminato in pubblica discussione. Or il fatto dichiarato dalla testimone era appunto quello che si trascrive nella motivazione. L' errore del nome non vizia l' atto. Il ricorso è stato rigettato. Arresto del 18 giugno 1841, *Giovanni Domenicone*, Pagano-Larosa com., Nicolini m. p., Leopoldo Rafaelli avv. del ricorrente.

XX.

Appendice a' nn. XIV e XVIII. — Ministeriale relativa alla motivazione delle decisioni.

Signori, non poche decisioni sono state annullate dalla camera criminale di cotesta corte suprema di giustizia per violazione dell' art. 293 delle leggi di pr. penale. Il buon successo de' mezzi, a questo articolo affidati, ha contribuito notabilmente all' aumento de' ricorsi.

2. Conveniva svelare colla maggior precisione il senso dell' enunciato articolo ed assegnare alla sua applicazione, non che alla discussione de' mezzi sullo stesso fondati, giusti confini, oltre i quali la suprema corte andrebbe senza volerlo al giudizio di fatto, essenzialmente estraneo alle sue cure. Prestansi opportunamente al bisogno le conclusioni che il pubblico ministero ha emesse nella causa di *Giovanni di Pippo* (1), e nell' altra di *Niccola de Meo* (2).

3. Nella prima di queste cause il pubblico ministero, dopo ragionata discussione, ha nettamente mostrato di non trovarsi nella decisione impugnata, che lieve inesattezza di redazione, incapace di portare l' annullamento ammesso dalla legge non per inavvertenze indifferenti, ma per motivi ben gravi nell' interesse della giustizia. La suprema corte accogliendo la dimanda del ministero pubblico, ha profferito il rigetto del ricorso.

4. La domanda stessa non ha ricevuto nella causa di *Niccola de Meo* egual successo. A maggio-

(1) Al n. XVIII di questo vol.
(2) Al n. XIV di questo vol.

ranza di cinque voti sopra quattro si è nella medesima pronunziato l' annullamento della decisione impugnata, in forza di una massima, da non lasciarsi inconsiderata, e pel merito, e per le sue conseguenze ne' giudizii penali.

5. Al proposito si ricorda, che il testimone *Carmine-Antonio Pescatore* dichiarò di aver nella notte dell'omicidio di D. *Giovan-Battista Stefanelli*, ravvisato tra gli uccisori *Niccola de Meo*. Si procedè ad un esperimento di fatto in cui non riconobbe il testimone alcuna delle persone che vi furono impiegate, ma nella discussione pubblica egli ripetè che ravvisò effettivamente tra i rei *Niccola de Meo*, anche perchè n' intese la voce. La gran-corte punitrice, che valutò la testimonianza di *Carmine-Antonio Pescatore* combinata cogli altri elementi di pruova, si convinse della reità dell' accusato.

6. Oppone la corte suprema alla sua convizione l' assunto, che non dovea prestarsi fede a' detti di quel testimone per non aver egli nello esperimento riconosciuto alcuno: » che se il giudice è libero in » accordar l'esperimento, ove ei l'abbia accordato, *ri-* » *mane il suo potere convittivo, subordinato per* » *fatto suo al risultamento dello esperimento*.

7. La suprema corte autorizzata a profferire l'annullamento nell' ultimo caso di violazione di legge, dovendo palesare nella sua decisione la legge violata, vi ha trascritto gli art. 292 e 260 delle leggi di procedura penale.

8. Non s' intende bene come vagliano essi a giustificar la massima e l' annullamento della decisione. Non soddisfa all' oggetto il primo de'due articoli, giacchè nella decisione impugnata precedono alla dichiarazione di reità i fatti semplici, che l' avvalorano; e non si enuncia alcuno di questi fatti, che

non sia stato discusso in pubblica udienza; non il secondo articolo, giacchè mentre questo pone nelle facoltà del giudice ordinar nel bisogno lo sperimento di fatto, non s' inoltra a disporre sopra i suoi risultamenti, e molto meno attribuisce loro una influenza necessaria sulla convizione del giudice.

9. Ricorda opportunemente al proposito il ministero pubblico il divario tra lo sperimento che mostri la impossibilità fisica di avere il testimone veduto o inteso ciò che egli contesta, e lo sperimento che include siffatta possibilità (1). Inoltre le sue conclusioni offrono ben giuste osservazioni sulle conseguenze di questo divario in rapporto alla credibilità del testimone ed alla pruova dell' avvenimento.

10. Non è disutile aggiungere che lo sperimento di fatto è tra' mezzi destinati all' acquisto delle pruove, e che nel sistema del criterio morale la valutazione di pruove (legalmente raccolte e discusse) non riceve dalla legge direzione, nè limitazione alcuna; ma è confidata interamente alla conscienza libera del giudice. Non entrando in questa valutazione il ministero della legge, non potrà esservi violazione della medesima, nè motivo logale di annullamento.

11. Farà nota, sig. proccurator generale, questa mia alla camera criminale della suprema corte, ed eserciterà colla di lei consueta energia la parte del suo ministero, affinchè abbiasi nelle decisioni del supremo collegio una giurisprudenza sempre analoga al senso della legge, e di guida sicura all' applicazione pratica della medesima ne' casi diversi.

Il ministro segretario di stato di grazia e giustizia, N. Parisio.

---

(1) N. XIV, § 10 e segg.

XXI e XXII.

Altri esempi di motivazione o mancante del tutto (art. 219 l. org.), *o difettosa* (art. 293 pr. pen.).

Sommario

Conclusione nona (n. XXI.). — *Niuna motivazione nel rigettamento d' una eccezione d' incompetenza.*

I. Indole del ricorso, § 1. — Accusa, § 2. — Eccezione prodotta degli accusati contro di essa, § 3.

II. La gran-corte crede che questa sia eccezione d' incompetenza, e perciò la risolve nel giudizio di sottoposizione all' accusa, § 4, 5 e 6.

III. Ma la risolve senza mentovare i fatti su' quali ella poggiava § 7.

IV. Carattere vario delle eccezioni d'incompetenza, § 8. — Da ciò la necessità d' indicarne la specie e le ragioni, *ivi*. — Ciò non si è fatto dalla gran-corte, § 9. — Dunque la decisione non è motivata, *ivi*.

V. La risoluzione della quistione presentata dagli accusati forma un capo distinto di questa decisione, dal quale si fa dipendere l' altro capo, § 10 ed 11.

VI. Nelle decisioni *quot capita, tot sententiae*, § 12. — La decisione che rigetta l'eccezione d'incompetenza, come capo distinto della decisione, doveva essere motivata a parte, § 13.

VII. Conchiusione, § 14.

Conclusione decima (n. XXII). — *Motivazione difettosa della dichiarazione di reità per frode qualificata.*

I Stato della quistione, § 1 e 2.

II. Elementi di fatto necessarii per constituire la frode a' termini dell' art. 430 ll. penali, § 3, 4 e 5.

III. Rapporto che ha quest' art. con le ll. civili, § 6 e 7.

IV. Elementi di fatto necessarii per constituire la frode a' termini degli art. 433 e 434 ll. pen., § 8 a 13.

V. Elementi di fatto per qualificare una frode dal lato del valore, § 14.

VI. Come la mancanza degli elementi constitutivi l' ipotesi della legge si risolva in violazione della legge applicata, § 15.

VII. Conchiusione, § 16.

XXI.

Altro esempio di niuna motivazione. — Nullità d'ordine pubblico nel rigettamento d' una eccezione d' incompetenza.

Signori (1), il ricorso che dovete discutere è contro una decisione di sottoposizione ad accusa. Se in essa la g. c. non si fosse imbarazzata d' altro che di questo solo oggetto, voi non avreste altre norme da seguire che quelle dell' art. 177 pr. pen. (2). Ma la gran-corte ha voluto andare più oltre. Quindi è necessario vedere in prima tutte le quistioni che a lei il presidente ha proposte, e quindi esaminare il metodo della loro risoluzione.

2. Abbiamo un donatore di tutti i suoi immobili, e fra questi d'una casa: ei continuava ad abitare in essa insieme co' donatarii. Mancatone per più giorni, e forse pentito della sua liberalità, si querelò che nella sua assenza si erano da costoro di là involate a suo danno tutte le derrate e le carte di credito. Dietro l'instruzione, ottenne contro gl' imputati un mandato di arresto, e poi dal pubblico ministero vennero essi accusati di furto qualificato.

3. All' accusa contrapposero gl' imputati una eccezione, il cui carattere e le cui ragioni si tacciono

---

(1) Conclusioni alla pubblica udienza della corte suprema, 11 giugno 1841, nella causa di *Pietro* e *Camillo Troiani*, De Luca comm., Nicolini m. p., Giacomo Tofani avv. de' ricorrenti, Raff. Conforti della parte-civile.

(2) *Questo ricorso non è ammessibile che ne' tre casi seguenti : I, se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata; II, se il ministero pubblico non sia stato inteso; III, se la decisione non sia stata pronunziata da un numero dispari di votanti, non maggiore di cinque, e non minore di tre.* Art. 177 pr. pen.

nella decisione della gran-corte. Se non che ella ce ne rimette, non estimata con verun ragionamento da lei, l'instanza con la quale gl'imputati dedussero, I, che niuno ruba a se stesso, e che in forza dell' instrumento di donazione essi erano, siccome assumono, i padroni, o almeno gli amministratori delle cose delle quali si spacciava l'involamento; II, che ove questa qualità legale si dicesse non risultare dall' atto autentico, certamente da moltissime lettere del querelante appariva aver essi avuto da lui un nuovo mandato di disporre di tutto. E presentarono queste lettere, e si dichiararono pronti al conteggio dell' uso fatto alla luce del pubblico e de' generi e delle carte a tenor del mandato. Così gli accusati sostenevano non essere il loro fatto imputabile a reato, o al più poterne derivare un abuso di confidenza, frode correzionale.

4. La parte-civile qui ora vorrebbe, che in corte suprema si agitasse la quistione, se questa fosse stata di sua natura una eccezione d' incompetenza, o più veramente un' eccezione perentoria o di merito. Nel secondo duplice caso al ricorso non si aprirebbe mai adito alla corte suprema, se non dopo la definitiva. Ma estimeremo noi fatti non inseriti nella decisione nè mai estimati dalla gran-corte?

5. Per fermo s' ella avesse creduto, esser questa un' eccezione perentoria, non avrebbe dovuto giudicarne affatto nel giudizio di accusa, nè mai prima del *termine de' cinque giorni*. Imperocchè vi sarebbe stato necessario udir le parti; ed il cumularne il giudizio al giudizio di sottoposizione all' accusa, ove le parti non son citate nè intese, sarebbe stato un eccesso di potere (1). Se poi avesse creduto esser que-

(1) Arresto nella causa *Mainelli* e *Mariconda*, 19 settembre 1841, Longobardi comm., Nicolini m. p. — Daremo in altro volume le ragioni di questa giurisprudenza.

sta un' eccezione di merito, come per lo più sono le eccezioni con le quale sotto maschera d' *incompetenza* si oppone la *mancanza di materia punibile*, avrebbe dovuto riserbarla per l' appunto alla discussione terminativa del merito della causa. Anzi la gran-corte per l'art. 145 pr. pen. avrebbe potuto, nella sede del giudizio di accusa, ammettere a favor loro ed eccezioni perentorie, ed eccezioni di merito; ma rigettarle senza udirli è fuori d' ogni uso di legge. Nel giudizio di accusa non può affermarsi che la sola competenza; decisione di sua natura rivocabile ogni qualunque volta si cangi lo stato della causa.

6. Intanto la gran-corte criminale nel giudizio di sottoposizione all' accusa ha qualificato l'eccezione de' due accusati, essere eccezione d'*incompetenza*. Adunque sotto questo aspetto, poteva e forse doveva cumularne il giudizio col giudizio di sottoposizione all' accusa. Ma sempre essa dovea far cenno de' fatti dedotti, onde appunto conoscere se contenessero una eccezione perentoria o di merito, o più veramente una eccezione d' incompetenza.

7. Or il presidente propose in prima la quistione, se sia insussistente la eccezione d' *incompetenza*, e poi l' altra, se *nell' affermativa*, dovessero i due esser sottoposti a legittimo stato di accusa di furto qualificato. E la gran-corte senza nominare i fatti opposti nella eccezione, ne risolve la quistione contro gli accusati.

8. Ma chi dice *eccezione d' incompetenza* e non altro, dice presso che nulla, ove non isveli pure quale specie e qual ragione d' incompetenza sia quella. Le specie e le ragioni d' incompetenza son tante, che chi non le particolarizza in una decisione la quale le rigetta, non solo lascia non motivato il rigettamento, ma lascia ignorare assolutamente quello di cui si tratta.

9. Or per la quistione di sottoposizione all'accusa, sono stati nella decisione ritenuti i fatti espressi dal proc. gen.(1). Ma nè fra questi, nè in altra parte della decisione si esprime qual sorta d'incompetenza sia stata opposta, nè quali le ragioni che si sono addotte a sostenerla. *Atteso che i rilievi dedotti nella dimanda degli accusati non hanno sussistenzz in dritto*, *nè appoggio in fatto*, ecco tutta la indicazione della eccezione, ecco tutti i motivi del rigettamento. È un *idem per idem*, una *petizione di principio* (2).

---

(1) Si è disputato, se la sola formola, *ritenuti i fatti espressi nell' atto di accusa*, senza trascrivere nella decisione l' accusa medesima, basti alla motivazione della *sottoposizione all' accusa*. Si è osservato che questa non è decisione definitiva, di cui i fatti non possono essere remissivi ad altro atto; e in conseguenza, se sarebbe più lodevole che anche nella decisione di sottoposizione all' accusa tutti i fatti fossero espressi nella motivazione, non offende però la legge il rimettersi per brevità all' atto d' accusa. Arresto del dì 14 giugno 1841, nella causa de' fratelli *Squitti*, De Luca comm., Nicolini m. p., Carlo Poerio avv. de' ricorrenti.

(2) Abbiamo rilevato al n. XII di questo volume, che il motivare *idem per idem*, non infrequente nelle decisioni criminali, è stato in qualche epoca il vizio comune delle decisioni di appello nelle cause correzionali. Nè lieve è l' altro col quale si motiva il rigettamento dell' appello, perchè questo tende ad impugnare un fatto stabilito in prima instanza dal giudice regio. L' art. 292, quando prescrive che contra il giudizio di fatto non è aperto adito a ricorso, è scritto per la corte suprema, non per i giudici d' appello. I giudici d' appello possono bene riformare il fatto, diversamente estimarlo, e trarne altra dichiarazione di reità che non è quella che si legge nella prima sentenza. Quindi è nulla la motivazione espressa così: *Atteso che la reità è sufficientemente fondata, ed i motivi di appello attaccano la convizione del giudice.* Arresti del 18 luglio 1832, *Sebastiano Agostino*, Franchi comm., Nicolini m. p. — del 9 settembre 1833, *Mariano di Leone*, Di Giovanni comm., Nicolini m. p. — del 26 settem-

La decisione dunque non è motivata, contro il prescritto dell' art. 219 della l. organica.

10. Nè vale il dire, che sia motivata la sottoposizione all' accusa. Imperocchè i fatti espressi nell'at-

---

bre 1834, *Costantino Pastevano*, Camerano comm., Longobardi m. p. — Meno riprovevole è la stessa formola: *atteso che i motivi attaccano la convinzione del giudice*, quando però vi si soggiunga, *la quale convinzione si trova regolarmente stabilita*; poichè sembra così che il giudice d' appello rigetti i motivi, non perchè creda non poter riformare ciò che il giudice di prima instanza dice *constare secondo il suo criterio morale*, ma perchè trova la convinzione ben stabilita. Quindi, offertosi questo caso, fu rigettato il ricorso. Arresto del 3 agosto 1840, *Gabr. Cirillo* e *Maria-Antonia Preziosi*, Pagano-Larosa comm., Nicolini p. m.

Se non che tutte le volte che la gran-corte estima i fatti diversamente dal primo giudice, non può farlo che dopo aver rinnovata la pubblica discussione. (V. il n. VIII del vol. 4.) Ciò è confermato dal real rescritto del dì 26 agosto 1840, così concepoto:

« Le leggi di proc. pen. che in materia de'giudizii correzionali in appello stabiliscono cogli art. 388 e 389 il numero de' giudici co' quali la gran-corte criminale nel termine stabilito dee decidere in appello, non meno che la citazione delle parti, dispongono coll'art. 391 quanto segue:

» *Se la gran-corte per giudicare l' appello non crederà sufficiente la instruzione che l' è stata trasmessa, può ripetere la pubblica discussione. In questo caso se l' imputato è in arresto, deve intervenire nella pubblica discussione a pena di nullità, e le altre regole delle pubbliche discussioni correzionali saranno tutte osservate.*

» Su questo articolo è surta quistione, se la gran-corte criminale possa in appello riformare il fatto stabilito in prima istanza del giudice correzionale, senza rinnovare la discussione pubblica.

» Presi in considerazione il senso di questo articolo, ed il vigente sistema di rito penale che vuole stabilito il fatto e la sua estimazione sui lumi raccolti in pubblica discussione. S. M. nel consiglio ordinario di stato de' 14 di questo mese, veduto il parere della consulta generale ha emesso

to di accusa non risolvono da per se stessi una eccezione poggiata su di altri fatti, che non sono indicati. Anzi la sottoposizione a legittimo stato di accusa è stata dalla gran-corte subordinata alla eccezione prodotta dagli accusati, sì ch' ella fa dipendere quella da questa. E due sono le *dispositive* della decisione: I, *rigetta l' eccezione d' incompetenza prodotta da' due accusati*; II, *dichiara costoro in legittimo stato di accusa*. La seconda sarebbe motivata, se fosse indipendente dall' eccezione; ma la prima non è motivata affatto, anzi nemmeno ne vien accennato il tenore.

11. E tanto è vero che l' una sia decisione distinta dall' altra, che avendo gli accusati riprodotta la loro eccezione nel termine de' cinque giorni, termine utile per l' eccezioni perentorie (§ 5), la gran-corte continua a darle carattere unicamente di eccezione d'*incompetenza*. Di fatti la quistione che il presidente propose, fu ne' termini seguenti: *Proposta e risoluta una volta la eccezione d' incompetenza per ragion di materia e di persona* (1) *in*

» la seguente dichiarazione: *Ne' giudizii correzionali in ap-*
» *pello la gran corte criminale se ritiene i fatti semplici, e*
» *la loro valutazione circa la imputabilità del giudicabile*
» *come nella sentenza appellata, deciderà in merito sulla*
» *processura in prima instanza compilata, senza novella*
» *pubblica discussione. Ove i fatti semplici e la enunciata*
» *loro valutazione non sieno ritenuti in appello, dovrà per*
» *la decisione in merito rinnovarsi la pubblica discussio-*
» *ne. — Non è compresa in questa determinazione la defini-*
» *zione del reato, potendo la gran-corte variarla senza*
» *novella discussione pubblica quando la trovi in contraddi-*
» *zione co' fatti ritenuti.*

» Nel R. Nome etc. etc. — N. Parisio.

(1) Non comprendiamo abbastanza, come l'eccezione prodotta in questa causa sia incompetenza per ragion di persona.

causa penale, *può farsi dritto ad una seconda dimanda con la quale si riproduce l'eccezione medesima?* E la gran-corte decide che risaminare tal eccezione sarebbe un giudicare *bis in idem*. Dunque la gran-corte crede aver già risoluta la eccezione della promiscuità de' dritti del querelante e de' querelati, non meno che l'altra, poggiata sulle lettere, della facoltà data di vendere le derrate e mettere in attività le carte di credito (§ 3). Dunque crede che questa era una quistion distinta dalla quistione di sottoposizione all' accusa, anzi un ostacolo tale a quest' ultima, che se non avesse risoluta quella, non avrebbe potuto passare alla decisione di questa. Ma de' fatti su' quali l' eccezione poggiava tanto nel primo libello presentato nel giudizio di sottoposizione all' accusa, quanto nel secondo presentato nel termine de' cinque giorni, non si tenne parola nella prima, nè nella seconda decisione. Dunque il rigettamento della eccezione d'incompetenza rimase e nella prima e nella seconda decisione non motivato.

12. Il quale rigettamento, quando fu la prima volta pronunziato, benchè sia scritto sotto una sola intitolazione con l' altra decisione di legittimo stato di accusa, è una decisione per se, perchè lo scrivere due decisioni in un atto, non toglie ad alcuna di esse il carattere di decisione. *Quot capita*, *tot sententiae*. Anzi abbiamo la risoluzione della eccezione d' incompetenza, precedente all' altra della quistione dell' accusa. Questa, come abbiamo osservato (§ 10), si fa dipendere da quella.

13. Or anche volendo restringerci alla sola condizione, *se il fatto non porti alla competenza che si è spiegata* (1), tosto che la sottoposizione all' ac-

(1) Art. 177 pr. pen. — V. la *nota* 2, p. 369.

cusa si fa dipendere dalla esclusione della competenza diversa dalla criminale, formalmente opposta dagli accusati, era necessario che si dimostrasse che il fatto da essi presentato non escludeva la competenza de'misfatti. Siamo dunqne nel caso, non dell'art. 177, ma degli art. 157 e dell'art. 178. In forza di questi nel termine de' cinque giorni è aperto l'adito alla corte suprema avverso tal decisione. Ed aperto che ad esso viene quest' adito, la rescissione della decisione è di dritto, perchè ella non è motivata.

14. Per le quali cose io dimando, che tal decisione che rigettò l' eccezione d' incompetenza sia annullata con tutte le altre decisioni e gli atti che la conseguitano, come atti e decisioni che si fan dipendere da quel rigettamento cui sono subordinati (1).

XXII.

Altro esempio di violazione della prima parte dell' art. 293. — Frode.

Signori (2), le due ricorrenti, rivenditrici di mestiere, ricevevano da alcuni mercanti delle pezze di panno, onde conteggiarne con essi la vendita. Ma ben tosto alla restituzione delle pezze non vendute, due di costoro si avvidero che ne mancava qualche parte. Chiamate le donne all' amichevole onde renderne conto, esse convennero del mancamento; e non solo per questi ritagli, ma per parecchie altre somministrazioni,

---

(1) Così e stato deciso.

(2) Conclusioni nella causa di *Litteria* e *Rosaria de Giorgio*, 25 gennaio 1841, Pagano-Larosa comm., Nicolini m. p., Giuseppe Miraglia avvocato delle ricorrenti.

consentirono ad una liquidazione bonaria, con uno di essi in ducati 173, con un altro in ducati 110. Quest'ultimo è stato soddisfatto, nè del suo credito si fa quistione nella decisione. Il primo non ha ricevuto che circa ducati 30: rimaneva dunque creditore di circa duc. 140.

2. Scorsi molti anni, costui in dicembre 1839 produsse contro le due una querela di frode. E su que' fatti precedenti e non altro, la g. c. ha dichiarato aver esse commessa *frode qualificata per la persona mezzo e valore*, e trascrivendo gli articoli delle leggi penali 430 n. 2, 431, 433 n. 4, e 434, le ha condannate alla pena della reclusione. Di ciò è ricorso per violazione di tutti questi art. esaminati con la norma della prima parte dell'art. 293 pr. pen.

3. Non comprendo cosa abbia che fare con la specie del fatto l'art. 430. Non era questo un deposito volontario nè necessario; poichè lungi dall'obbligo di custodir la cosa e restituirla in ispecie, che forma l'essenza del deposito (1), vi era una commessione di venderla e convertirla in danaro. Strano dunque mi sembra il consideramento della grancorte, che la consegna avvenuta alle due donne pel loro mestiere di rivenditrici, *vien considerata in ordine alla giustizia penale come deposito necessario.*

4. È vero che nell'art. 430 ll. pen. sta scritto: *Quanto alla giustizia penale, è considerata ancora come deposito necessario, e produce gli stessi effetti, la consegna di cose che si affidano alle persone menzionate nell'art. 410 per ragione della loro qualità o del loro mestiere.* Ma in niuno de' quattro numeri dell'art. 410 è compreso a risguardo

(1) Art. 1787 ll. co.

delle persone il caso di cui disputiamo, e molto meno vi è compreso come deposito.

5. Imperocchè il primo numero dell' art. 410 parla di domestici o sia d'individui addetti con salario o altro stipendio al servizio altrui; e queste donne non erano domestiche con salario o stipendio del querelante: il secondo numero riguarda l' ospite per cose appartenenti alla casa ospitale, o depositate in essa; il terzo è relativo ai locandieri, osti, vetturali, barcaiuoli; il quarto agli allievi, compagni, operai, professori, artisti o impiegati in un' officina; e veruno di questi caratteri è nelle due condannate. Qual è dunque la qualità delle persone contemplate nell'art. 410, che ad esse convenga? Ciò si lascia ignorare. Dunque questa qualità la quale, a giudizio della gran-corte, sì aggrava la loro frode, non è motivata.

6. E se le donne fossero comprese nell' articolo 410, potrebbero esser mai ree di deposito violato? Il carattere essenziale del deposito è definito dall' art. 1787 delle leggi civili: *obbligo di custodir la cosa, e restituirla in ispecie.* Ciò ch' è detto nell' art. 430 n. 2 delle leggi penali, non è che una derivazione de' due art. 1824 e 1825 delle stesse leggi civili: *gli osti e gli albergatori son tenuti come depositarii per le robe introdotte ne' loro alberghi dal viandante che vi alloggia: il deposito di tali robe dee riguardarsi come un deposito necessario: sono essi tenuti pel furto o pel danno.* Sempre dunque si richiede l' obbligo della conservazione della roba per restituirla in ispecie.

7. Se non che quello che nell' art. 1824 delle leggi civili è detto solamente per gli osti e per gli albergatori, è esteso per parità di ragione dall' art. 410 delle leggi penali ai domestici, agli ospiti, ai vetturali, ai barcaiuoli, ed agl' individui d' una bot-

tega o officina. Ma per tutti si richiede l' obbligo di conservare e restituire in ispecie, quello stesso ch' è richiesto negli osti ed albergatori dall' art. 1824. Manca dunque interamente nella causa che trattiamo, la qualificazione della persona; e quel ch' è più, manca il sostrato ed il corpo del delitto; perciocchè la cosa era consegnata per venderla, anzi sperperarla in vendite minute, non per conservarla e riconsegnarla in ispecie. Il contratto non era che un mandato speciale: indole che la gran-corte non ha veduta quando vi ha sostituita la definizione illegale di deposito, e di deposito necessario.

8. Ma guardata la causa sotto quest'altro aspetto di mandato, vediamo se sieno stati ben applicati gli art. 433 n. 4, e 434.

9. L'art. 433 n. 4 dichiara colpevole di frode chiunque abbia distornato o dissipato a danno del proprietario mercanzie consegnate col peso di farne un uso determinato. Or qui l' uso determinato nella consegna era di rivendere quelle pezze di panno, e recarne il prezzo al mercante. Con ciò le mandatarie eran tenute civilmente non solamente per lo dolo; ma anche per le colpe commesse nella esecuzione del mandato (1). Se il dolo fosse stato a quel grado che rende il fallo un reato, la responsabilità diventa anche penale. Ma dolo sempre, e non colpa, e dolo a questo grado. Altrimenti tal garentia è sempre civile.

10. Se non che non vi ha dubbio che nella riconsegna del residuo del panno si riconsegnava questo per dieci, mentre in effetti era di sei o di otto. Ma rimisurate le pezze, le due donne non confessarono dolo proprio nè reato; riconobbero solamente la mancanza nella rimisura, e si obbligarono a rinfrancarne il

(1) Art. 1864 ll. co.

danno a'termini dell'art. 1864, ed il fatto semplice della mancanza può essere ascritto così a colpa, come a dolo. Intanto la gran-corte, quasi che ci trovassimo in avvenimento ove per presunzione di legge *factum est pro dolo*, non viene a spendere una parola sola ch' escluda la inavvertenza scambievole per le misure, la poca esattezza nel dare il conto, o l' opera di qualche altro, che profittando della negligenza delle donne avesse ritagliati per suo utile i panni: cose di poco momento per la responsabilità civile, perchè essa non ne sarebbe affatto menomata, ma di peso gravissimo nella responsabilità penale. E così la gran-corte dichiara reato di frode il solo atto materiale della riconsegna con qualche canna o palmo di meno di ciò che fu dato nella prima consegna.

11. Or che le mandatarie sieno tenute di queste mancanze in linea civile, gli art. 1864 e 1865 lo dicono abbastanza. Ma per trasformare questa responsabilità civile in responsabilità penale, era necessario motivare il dolo criminoso delle imputate, e non esser contento alla semplice indicazione del fatto. All' incontro che non vi fosse stato altro che responsabilità civile, traluceva già dalla novazione per la quale estinta la prima obbligazione del mandato, le debitrici colla confessione del debito aveano sostituito una obbligazione di somma certa alla responsabilità nascente dal conteggio. La quale novazione mena certo alla conseguenza di essersi esse volontariamente sottoposte agli effetti degli articoli 1864 e 1865 delle ll. cc., non di essersi rendute confesse del dolo penale.

12. Ed era da por mente che quando ai creditori che non son pagati al maturo, si aprisse troppo la via ai giudizii penali di frode, tutti i crediti civili potrebbero passar di leggieri in azioni penali, e sconvolgere così i confini delle due giurisdizioni.

Lo stesso stellionato civile che è sì confine alla frode penale, debb' essere mantenuto strettamente ne' suoi limiti, perchè non vesta un carattere più grave di quello che gli dà il contratto o la legge.

13. Per le quali cose manca pure di esatta motivazione nella parte sua più essenziale la decisione in disamina, quando ella si consideri in rapporto all'ipotesi dell'art. 433 n. 4. La definizione del reato viola manifestamente e l'art. 433 n. 4 delle ll. pen., e la prima parte dell' art. 293 pr. pen. che n' esige espressi nel fatto tutti gli elementi.

14. E si è del pari manifestamente contravvenuto all'art. 434 ll. pen. in risguardo al valore. Perciocchè i 140 ducati di credito non erano solamente per i ritagli di panno: vi s'inclusero anche *le somministrazioni a credito* (§ 1). Ma *le somministrazioni a credito* erano venti, o cento? La gran-corte no 'l dice. Queste certamente non furono i ritagli del panno ne' quali soli la gran-corte criminale trova la frode. Per motivare la dichiarazione di reità, che la frode ecceda i duc. 100, conveniva spiegare quanta parte di que' 140 veniva assorbita dalle somministrazioni a credito. Non è dunque constato che i soli ritagli di panno sommassero al di là de' 100 ducati.

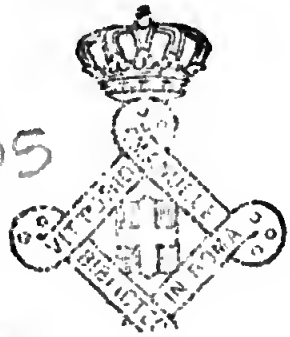
15. Unico mezzo che si ha per conoscere se la pena sia stata ben applicata al fatto della causa, è di sciogliere ne' suoi elementi la dichiarazione di reità, ed esaminare se ciascuno d' essi siasi verificato in quel fatto. Ciò si fa guardandone con l'art. 293 a parte a parte la motivazione. Quindi ogni mancanza di tal motivazione si risolve in violazione della legge applicata.

16. Per ciò che dunque riguarda la definizione di deposito necessario, io dimando l'annullamento della decisione per manifesta contravvenzione all' art. 430 n. 2 delle ll. penali: per ciò che riguarda la con-

segna per uso determinato ; lo domando ai termini dell'art. 433 n. 4; e pel valore , ai termini dell'art. 434. Le quali violazioni della legge penale si manifestano al crogiuolo della prima parte dell'articolo 293 pr. pen. che dà forma a'particolari della motivazione (1).

---

(1) Così è stato deciso. — Una dichiarazione di reità venne così conceputa : *Consta che G. M. abbia commesso ferite gravi a colpi di pietre , da una delle quali e per natura della medesima seguì fra quaranta giorni la morte;* e si applicò l'art. 362 ll. pen. (V. i nn. VII e segg. vol. 2). Ma l'art. 362 esige che la ferita sia *volontaria* (V. il n. X, § 16, vol. 1); e questo aggiunto non era nella dichiarazione di reità , e nemmeno nella motivazione. Imperocchè in essa la gran-corte non disse altro se non che l'accusato , preso dal vino, andando per la strada, *nel buio della notte, raccolse due pietre da terra , seguì Barone , e raggiuntolo a circa tre passi di distanza le scagliò , e lo colpì in testa.* Non dice *le scagliò a lui*, sì che mostrasse così l'intenzione di ferirlo. Dice solamente , *le scagliò.* Ma nel buio della notte diresse egli precisamente il colpo a quel segno ? O più veramente questo fu un movimento incomposto di ebbrezza? L'ebbrezza non escusa , fino a tanto che non tolga all'uomo ogni conscienza e di sè, e di ciò che il circonda, e di quello che fa (V. il n. XIV, vol. 1). Ma se non escusa i reati e non cangia mai il volontario in involontario , nemmeno li aggrava , nè cangia l'involontario in volontario. L'art. 362 esige la *volontà* , come condizione *sine qua non*: nè importa che il feritore sia stato mosso da inimicizia o da altra passione, oppure da natural ferocia infiammata dall'abuso di bevande spiritose, purchè però non lo privi in tutto del ben dell'intelletto , sì ch'egli abbia ancora conoscenza e volere, come ogni altro agitato da ira, o d'altra interna causa fisica o morale. Ma la gran-corte nemmeno una parola spende per motivare tal condizione. Dunque offende e l'art. 362 ll. pen. e l'art. 293 pr. pen. Arresto di annullamento, 11 settembre 1840, *Gaetano Milone*, Pagano-Larosa comm. , Nicolini m. p. , Pasquale-Stanislao Mancini avv. del ricorrente.


MAG 2015905

INDICE

Disegno dell' opera che precede ciascun vol. pag. » 3

I. Della uniformità e celerità nell' amministrazione della giustizia. — *Discorso*. . . . . » 5

Cenno della vita e delle virtù di Michele Morgigni. — *In nota*. . . . . » 14

Cenno della vita e delle virtù di Antonino Tortora. — *In nota*. . . . . » 22

Dell' utile interdetto Saloiano.

II. Prima memoria. . . . . » 29

III. Seconda memoria. . . . . » 120

IV. Real rescritto 19 gennaio 1839. . . . . » 136

Delle ricuse contro i giudici.

V. Delle ricuse de' consiglieri di corte suprema. — *Conclusioni* 4 dic. 1833. . . . . » 141

IV. Disamina della ricusa quando il ricusante sia morto. — *Concl.* nella causa *Valente* e *Ventresca*, 1 febb. 1819. . . . . » 153

VII. Se nelle cause penali sia ricusabile il magistrato incaricato del pubblico ministero. — *Conclusioni* nella causa *Santagata*, 25 aprile 1838. . . . . » 170

Presa-a-parte, o sia azion civile contro i giudici.

VII. *Giudizio di ammessione*. — *Difesa* nella causa *Mayer*, *Beltrani* e *Cuomo*. . . . . » 181

IX. *Giudizio del merito*. — *Conclusioni* nella causa *Langellotti*, 4 agosto 1820 . . . . . » 212

X. *Conclusioni* nella causa *Camerini* e *Rainone*, 2 ottobre 1837. . . . . » 218

XI. Quelli che possono essere motivi di presa-a-parte, non sono sempre motivi di annullamento. — *Conclusioni* nella causa *de Vuono*, 21 agosto 1840. . » 251

Della motivazione delle decisioni.

Avvertenze preliminari. — *Le nullità di motivazione altre si risolvono in nullità di ordine pubblico, altre in nullità di leggi penali, altre in nullità di rito.* . . . . . » 273

XII. Niuna motivazione: questo errore si risolve in nullità d'ordine pubblico. — *Concl.* nella causa *Martelli*, 11 luglio 1832. . . . . » 281

XIII. Criterio della certezza morale. — *Concl.* nella causa *Lena*, 13 genn. 1840. . . . . » 284

Cenno della vita e virtù di Antonio Fazzini. . » *ivi*

XIV. Se questo criterio sia sempre uno, anche negli esperimenti di fatto ordinati dal giudice in pubblica discussione.—*Concl.* nella causa *de Meo*, 27 ag. 1832. » 302

XV. Se sia lo stesso ne' processi-verbali degli agenti de' dazi indiretti. — *Concl.* nella causa *Pagano* e *di Michele*, 4 nov. 1839. . . . . » 311

XVI. Quando l'errore di motivazione si risolva in nullità delle leggi penali. — Primo esempio: stupro violento — *Concl.* nella causa *Ciarallo*, 9 luglio 1832. » 327

XVII. Secondo esempio: stupro violento ove intervenga un omicidio. — *Concl.* nella causa *Famiglietti*, 11 giugno 1838. . . . . » 336

XVIII. Quando l'errore della motivazione si risolva in nullità di rito. — *Concl.* nella causa *de Pippo*, 10 agosto 1832. . . . . » 345

XIX. In che la corte suprema sia giudice di fatto.— *Concl.* nella causa *Massaro*, 24 febb. 1840. . . . » 359

XX. Ministeriale relativa a' nn. XIV e XVIII. » 365

XXI. Altro esempio di nullità d'ordine pubblico relativa alla motivazione.— *Concl.* nella causa *Troiani*, 11 giugno 1841. . . . . » 369

XXII. Altro esempio di quel difetto di motivazione, che si risolve di nullità di leggi penali. — Frode. — *Concl.* nella causa *di Giorgio*, 25 genn. 1841. » 376

Digitized by Google

Digitized by Google